



Universidad de **Nariño**

FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica
CODEX

Volumen 7 N° 13 - 2021

ISSN: 2463-1558

ISSN-E: 2463-2031

Revista Científica CODEX

Volumen 7 Nº 13 Año 2021

MARTHA SOFÍA GONZÁLEZ INSUASTI
Rectora Universidad de Nariño

JORGE FERNANDO NAVIA ESTRADA
Vicerrector Académico

DIRECTOR - EDITOR
LEONARDO A. ENRÍQUEZ MARTÍNEZ
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas

**DIRECTOR CENTRO DE
INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS
SOCIOJURÍDICOS - CIESJU**
CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

DIRECTORA GRUPO DEJURE
Derecho, Justicia y Región

ISABEL GOYES MORENO
Doctora en Ciencias de la Educación, Universidad de Nariño-RudeColombia. Magister en Derecho Universidad Nacional, Magister en Dirección Universitaria, Universidad de los Andes, Magister en Educación, Universidad Pedagógica Nacional. Abogada y docente de tiempo completo de la Universidad de Nariño.

DIRECTOR GRUPO CEJA
Centro de Estudios Jurídicos Avanzados

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO
Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en Derecho - UC3M. Docente de pregrado y Postgrado de Derecho.

COMITÉ EDITORIAL

MIEMBROS EXTERNOS:

EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO

Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado. Doctor en Derecho Universidad Alfonso X el Sabio. Docente de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA

Investigador, docente universitario en pregrado y posgrado, litigante en materia de derecho administrativo y constitucional. Director de la Revista Academia & Derecho, indexada por Colciencias. Miembro activo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP y el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional CCDPC.

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ

Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Doctor Europeus (Universidad de Salamanca/Universidad de Coimbra) en Derecho y Premio Extraordinario de Grado y Doctorado.

GAMAL MOHAMMAND ATSHAN RUBIANO

Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Financiero, Cambio y Bursátil; Derecho Procesal y Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

MIEMBROS INTERNOS

JUAN CARLOS LAGOS MORA

Doctor en Ciencias de la Educación. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN

Magister en Derecho y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en Derecho - UC3M. Docente de pregrado y Postgrado de Derecho..

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Magister en Derecho Público - Magister en Derecho Administrativo.
Especialista en Derecho Constitucional - Especialista en Derecho Contencioso Administrativo.
Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales - Universidad Castillo de la Mancha (España) - Diploma de formación Específica en Postgrado en Fundamentos de Derecho Público Global - Universidad de la Coruña (España)

COMITÉ CIENTÍFICO MIEMBROS EXTERNOS

GUSTAVO GARCÍA BRITO

Director del área de comercio exterior del Bufete Corral Rosales y Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito, Ecuador. Magister en Derecho Internacional Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar. Ex secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Catedrático de Derecho Procesal de la Facul-

tad de Derecho de la Universidad de Valencia (España). Premio extraordinario de licenciatura. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia), y por la Universidad de Valencia. Premio extraordinario de doctorado. Profesor especializado en Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional.

ROBERTO MOLINA PALACIOS

Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ

Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado, Docente de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Público de la Universidad Paris II.

MONITORA

ISABEL RAMÍREZ VILLOTA

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño.

APOYO

GRAFICOLOR PASTO SAS

Aura C. Torres B.

Sebastián Alejandro García C.

Juan Pablo Rosero Gomajoa

Leidy Valentina Pérez Tutalchá

Luis Alejandro Muñoz Bolaños

FILIACIÓN INSTITUCIONAL Universidad de Nariño

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela Universitaria

Torobajo, Bloque D,

Facultad de Derecho

<http://derecho.udenar.edu.co>

email: derecho@udenar.edu.co

Página web revista:

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

email revista: rcodex@udenar.edu.co

Teléfono: (+57) 602 7315438

Vol. 7 N° 12. Año 2021

Portada

Homenaje al Maestro

LUIS ALFREDO FAJARDO ARTURO

Fotografía: Archivo familiar.

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
GRUPO DE INVESTIGACIÓN - CEJA
CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS**

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

DEFINICIÓN DE LA REVISTA

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La revista se publica con una periodicidad declarada SEMESTRAL, con artículos presentados en español, inglés y francés. La revista CODEX se divulgará en físico y en versión electrónica.

ISSN: 2463 - 1558

ISSN-E: 2463 - 2031

Lugar de edición: San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

ENTIDAD EDITORA

Universidad de Nariño
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Grupo CEJA - Centro de Estudios Jurídicos
Avanzados

Página web: www.udenar.edu.co
derecho.udenar.edu.co

VERSIÓN ELECTRÓNICA

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

**DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO
ELECTRÓNICO**

Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

Correo electrónico:

rcodex@udenar.edu.co

Nota sobre las direcciones: La dirección postal y el correo electrónico corresponden al contacto de la administración de la revista, pudiendo dirigirse a éstas para efectos de solicitud de suscripciones, canjes, envío de trabajos, acciones de seguimiento, entre otras

SISTEMA DE ARBITRAJE

Los artículos se someten al proceso de arbitraje con dos pares externos a la entidad editora, bajo el sistema de doble ciego. Los árbitros otorgan calificación numérica a los ítems exigidos y clasifican los más altos puntajes. Posteriormente el Comité Editorial revisa la calidad científica, la pertinencia del artículo y selecciona los artículos a publicar. El procedimiento se explica en el instructivo para autores.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión.

Las directrices pueden consultarse en:
http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange.
Email: rcodex@udenar.edu.co y en la dirección postal.

CONTENIDO

EDITORIAL: HOMENAJE A LUIS ALFREDO FAJARDO ARTURO	9
NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO DE PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. ¿UN CAMBIO DE CURSO O UNA FE DE ERRATAS?	11
Mariana Elizabeth Benavides Bastidas, Manuel Gustavo Díaz Sarasty	
DEL PLURALISMO JURÍDICO Y OTROS DEMONIOS. EL CASO DE COLOMBIA Y BOLIVIA.....	39
Sebastián Alejandro García Caicedo, Edward David Ortega García	
DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN COLOMBIA EN LOS CASOS DONDE FALLAN LOS MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS HORMONALES, MECÁNICOS Y QUIRÚRGICOS SUMINISTRADOS POR EL ESTADO O POR UN PARTICULAR QUE PRESTE EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD	84
Claudia Vanessa Bravo Ramírez, Anamaría Bustos Burbano, Angie Valentina Garcés Hernández	
REPRESIÓN A LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA: UNA MIRADA DESDE LA SITUACIÓN DE CRISIS ACTUAL.....	116
Manuela Benavides Bucheli	
ESTRUCTURA DEL DERECHO FUNDAMENTAL INNOMINADO “A QUE SEA INTENTADO” A PARTIR DE LA SENTENCIA T-057 DEL 2015	156
Evelint Mosquera Ceballos	
LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN Y TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS DENTRO DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS CIVILES EN COLOMBIA.....	199
Luisa María Melo Arias	
INDICE DE AUTORES	224
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO	226
INSTRUCCIONES PARA AUTORES	231
MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS.....	237
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA.....	243
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA.....	244

EDITORIAL

HOMENAJE A LUIS ALFREDO FAJARDO ARTURO

Esta edición, lleva en su portada, la fotografía del doctor LUIS ALFREDO FAJARDO ARTURO, importante jurista nariñense que se formó en nuestra casa de estudios, en la que se destacó siempre por su disciplina y rigor académico; su brillante carrera profesional y académica le permitió ser vinculado como profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, donde impartió diferentes cátedras en el campo del derecho privado y económico por cerca de medio siglo, en las que fue protagónico en la formación de múltiples generaciones de importantes abogados para la región, el país y el mundo.

El excelso jurista LUIS ALFREDO FAJARDO ARTURO supo conjugar con maestría el ejercicio del litigio, la administración pública, la judicatura y la cátedra; su fina escritura plasmada en diferentes providencias judiciales, fueron destacadas por la Corte Suprema de Justicia y compiladas por la editorial LEGIS; en ellas se reflejan las profundas reflexiones jurídicas y densos argumentos de derecho que utilizó siempre en sus estructurados fallos, cuando se desempeñó como magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial en su Sala Civil.

Su vida pública estuvo siempre rodeada de honores y éxitos, en la rama judicial como Juez de la República y Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la administración pública como diputado en la Asamblea Departamental de Nariño, en el ejercicio libre de la profesión como extraordinario abogado litigante, asesor y consultor, en la academia como un apasionado profesor, y en la política como gran dirigente del Partido Conservador Colombiano, del cual fue su presidente en el Directorio Departamental y miembro activo en el Directorio Nacional.

Su importante trayectoria jurídica, profesional y académica, lo lleva a ser miembro de la prestigiosa Academia Colombiana de Jurisprudencia, ágora del pensamiento jurídico en la nación, donde solo los maestros del derecho tienen presencia.

Esa reconocida experiencia en el ámbito de lo público y su visión universitaria le permitieron ser delegado del señor Presidente de la República ante el Honorable Consejo Superior de la Universidad de Nariño, máximo órgano de autoridad y gobierno en la alma mater, que supo acoger siempre sus sabias orientaciones y directrices, en defensa del interés superior universitario.

En razón de lo anterior, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, resaltan la vida y obra del Maestro LUIS ALFREDO FAJARDO ARTURO y rinden un sentido homenaje a su nombre por su importante legado para la administración de justicia, la educación universitaria y la administración pública en la formación de las nuevas generaciones de líderes, políticos y juristas colombianos comprometidos con la región y el país.

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Docente Tiempo Completo - Director CIESJU
Centro de Investigaciones y Estudios Socio jurídicos
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Nariño

NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO DE PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. ¿UN CAMBIO DE CURSO O UNA FE DE ERRATAS?

Mariana Elizabeth Benavides Bastidas¹

Manuel Gustavo Díaz Sarasty²

Fecha de recepción: 4 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2021

Referencia: Benavides, M., y Díaz, M. (2021). Naturaleza jurídica del proceso de privación de patria potestad en el código general del proceso. ¿Un cambio de curso o una fe de erratas? *Revista Científica Codex*, 7(13), 11-38.

RESUMEN

El numeral 4 del artículo 22 del Código General del Proceso atribuye al juez de familia el conocimiento del proceso de privación de patria potestad, en primera instancia. Al no encontrarse expresamente enlistado en los asuntos catalogados como verbales sumarios en el artículo 390 del mismo estatuto, y en armonía con el canon 368, se asumiría que este asunto se debe dirimir por la cuerda de un proceso verbal, habida cuenta de su carácter residual. No obstante, en una aparente fe de erratas, el artículo 395 *ibídem*, que consagra las disposiciones especiales que resultan aplicables a la privación de patria potestad, fue ubicado

-
1. Docente Hora Cátedra del Departamento de Ciencias Jurídicas, adscrita a Consultorios Jurídicos de la Universidad de Nariño.
 2. Docente Hora Cátedra del Departamento de Ciencias Jurídicas, adscrito a Consultorios Jurídicos de la Universidad de Nariño.

en el capítulo que regula las disposiciones especiales del verbal sumario, generando una controversia ostensible, causando la duda acerca del trámite que debe imprimirse en este caso.

En este artículo se exponen los argumentos que permiten sostener que el proceso de privación de patria potestad es un proceso verbal, conclusión a la que se arriba a partir de criterios jurídicos sustanciales, históricos y procesales, luego de explorar tres hipótesis: (i) se trata de un proceso verbal sumario (de única instancia); o (ii) es un proceso verbal sumario *sui generis* con doble instancia; o en efecto, (iii) es un proceso verbal.

Palabras clave: Privación de patria potestad, proceso verbal, verbal sumario.

ABSTRACT

Article 22-4 of the General Code of Procedure attributes to the family judge the knowledge of the process of deprivation of parental authority, in the first instance. As it is not expressly listed in the matters cataloged as summary verbal in article 390 of the same statute, and in harmony with canon 368, it would be assumed that this matter must be settled through a verbal process, considering its residual nature. However, in an apparent erratum, article 395 *ibidem*, which establishes the special provisions that are applicable to the deprivation of parental authority, was in the chapter that regulates the special provisions of the verbal summary, generating an ostensible controversy, causing the doubt about the procedure to be printed in this case.

This article presents the arguments that allow to maintain that the process of deprivation of parental authority is a verbal process, a conclusion that is reached based on substantial legal, historical and procedural criteria, after exploring three hypotheses: (i) It is a summary verbal process (single instance); or (ii) it is a *sui generis* summary verbal process with double instance; or indeed, (iii) it is a verbal process.

Keywords: Deprivation of parental authority, verbal process, summary verbal.

1. INTRODUCCIÓN

La privación del ejercicio de la patria potestad que los progenitores ostentan sobre sus hijos no emancipados se decide a través del proceso judicial de privación de patria potestad, y se decreta cuando se demuestra la ocurrencia de alguna o varias de las causales previstas en el artículo 315 del Código Civil, modificado por el artículo 45 del Decreto 2820 de 1974, adicionado por el artículo 10 del Decreto 772 de 1975 y por el artículo 92 de la Ley 1453 de 2011.

Con la expedición del Decreto 2272 de 1989, se atribuyó la competencia para conocer de este proceso al Juez de Familia en primera instancia. Luego, con la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989 al Código de Procedimiento Civil, se indicó que el proceso que debía aplicarse era el verbal de mayor y menor cuantía. Hasta entonces, no existía dubitación acerca de la naturaleza jurídica del proceso de privación de patria potestad.

Sin embargo, fue a partir de la expedición del Código General del Proceso (en adelante C.G.P.) cuando surgió el enigma acerca de la naturaleza actual del proceso de privación de patria potestad, toda vez que el artículo 22-4, enseña que lo conocerá el juez de familia en primera instancia, por lo que podría asumirse que se trata de un proceso verbal. No obstante, en abierta contradicción, la regulación especial de este proceso se encuentra contenida en el artículo 395 que, a su vez, se encuentra ubicado en el compendio de las disposiciones especiales de los procesos verbales sumarios que, en todo caso, se deciden en única instancia.

Lo que parece una fe de errata, o *a contrario sensu*, un cambio de rumbo previsto por el legislador, ha generado una polémica al discernir cuál es la naturaleza jurídica del proceso de privación de patria potestad, oscilando entre tres hipótesis: (i) es un proceso verbal sumario (por tanto, de única instancia); (ii) es un proceso verbal sumario *sui generis* con doble instancia; o (iii) es un proceso verbal.

Luego del planteamiento del problema, se explorarán en este artículo los elementos sustanciales de la privación de la patria potestad, así como los antecedentes históricos jurídico-procesales, y las diversas

posiciones doctrinales sobre la materia, para ofrecer una conclusión sustentada, inclinándose por la hipótesis que resulte más razonable, de modo que sirva de guía a la administración de justicia cada vez que se deba encauzar este tipo de procesos.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El proceso de privación de patria potestad encuentra su actual regulación adjetiva en el artículo 395 del C.G.P., norma que, a su vez, está integrada en el Libro III, Sección Primera, Título II, Capítulo II, atinente a las disposiciones especiales del proceso verbal sumario. No obstante, en virtud del artículo 22-4³ ibídem, se tiene que este asunto será conocido en primera instancia por el Juez de Familia, disposición que riñe con la naturaleza propia del proceso verbal sumario, que a veces de lo ordenado en el parágrafo 1º del artículo 390⁴ del mismo estatuto adjetivo procesal, no admite doble instancia. Además, la privación de patria potestad no se encuentra expresamente relacionada en la enunciación que el legislador impuso en el mismo artículo 390, al indicar cuáles procesos se tramitarán como verbales sumarios en atención a su naturaleza, circunstancia que refuerza la tesis de que le corresponde el trámite del proceso verbal.

A partir de estas contradicciones, para definir la naturaleza jurídica del proceso de privación de patria potestad, han surgido tres hipótesis: (i) se trata de un proceso verbal; (ii) se trata de un proceso verbal sumario (por tanto, de única instancia); o (iii) es un proceso verbal sumario *sui generis* con doble instancia. En este artículo se pretende auscultar los antecedentes histórico-normativos de este tipo de proceso, explorar posturas doctrinales de autores nacionales, jurisprudencia, y concluir acerca de cuál podría ofrecerse como la mejor solución frente al problema que se plantea en estos términos: ¿Cuál es la naturaleza jurídica

-
3. Dispone la norma: Artículo 22. Competencia de los jueces de familia en primera instancia. Los jueces de familia conocen, en primera instancia, de los siguientes asuntos: (...) 4. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos (...) (Ley 1564, 2012).
 4. Dispone la norma: "Artículo 390. Asuntos que comprende. Se tramitarán por el procedimiento verbal sumario los asuntos contenciosos de mínima cuantía, y los siguientes asuntos en consideración a su naturaleza: (...) PARÁGRAFO 1o. Los procesos verbales sumarios serán de única instancia (...) (Ley 1564, 2012).

del proceso de privación de patria potestad en el Código General del Proceso?

3. DESARROLLO

3.1. La privación de la patria potestad en el derecho sustancial

La patria potestad, regulada en el Libro Primero, Título XIV del Código Civil (1873), se define como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (Ley 84, 1873, art. 288). A su turno, la Corte Constitucional al referirse a la patria potestad ha utilizado también la denominación de “potestad parental”, señalando que esta se concibe como: “un instrumento basado en la relación jurídica paterno-filial, a través de la cual los padres han de ejercer sus derechos y cumplir los deberes que tienen para con los hijos, siempre bajo el respeto de sus derechos, que son fundamentales, atendiendo a su interés superior, y garantizando su desarrollo armónico e integral (...)” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-1003, 2007), añadiendo que al ser una “institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-145, 2010), establecida a favor de los niños, niñas y adolescentes, su ejercicio no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, “sino en los casos que la propia ley lo permita” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-384, 2018).

El jurista nacional Jorge Parra Benítez (2019a) al contrastar la definición legal de la patria potestad integrada en el artículo 288 del Código Civil, frente a las diversas concepciones doctrinales, arriba a un descubrimiento: “Por lo pronto, obsérvese que mientras el ordenamiento se refiere a derechos [de los padres], la doctrina alude también a deberes” (p. 585). Esta tendencia conceptual se torna universal, como se aprecia en la noción brindada por el tratadista español José María Castán Vázquez, citado por Monroy Cabra (2011), que, al referirse a la patria potestad, la define como:

El conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados,

como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole (p. 203).

La patria potestad encuentra además su complemento en la responsabilidad parental, institución establecida a su turno en el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, consistente en:

La obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos (Ley 1098, 2006).

Esta potestad parental es ejercida exclusivamente por los progenitores, de modo que a falta de uno la ejercerá el otro y, en suma, les permite el ejercicio de determinados derechos sobre el patrimonio y la persona de sus descendientes, para garantizar el cumplimiento de los deberes parentales. En tal virtud, los progenitores cuentan con la facultad de representar legalmente a sus hijos no emancipados, judicial o extrajudicialmente⁵, administrar su patrimonio⁶, y hacer propios los frutos de sus bienes⁷.

La patria potestad termina en virtud de la emancipación del hijo, que puede ser voluntaria, legal o judicial; y justamente esta última, será decretada exclusivamente por el juez, a través del proceso de privación de patria potestad, cuando se haya configurado alguna o varias de las causales previstas en el artículo 315 del Código Civil, modificado por el artículo 45 del Decreto 2820 de 1974, adicionado por el artículo 10 del Decreto 772 de 1975 y por el artículo 92 de la Ley 1453 de 2011.

La privación de la patria potestad tiene un carácter irreversible, pues a diferencia de la suspensión, que sí admite la eventual rehabi-

5. Cfr. Artículos 305 a 309 del Código Civil; Artículos 54 y 55 del Código General del Proceso; Art. 82.12 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

6. Cfr. Artículos 295 a 304 del Código Civil.

7. Cfr. Artículos 291 a 294 del Código Civil.

litación del progenitor apartado transitoriamente del ejercicio de esta potestad, no existe posibilidad semejante cuando el juez decreta su pérdida (Monroy, 2011). La sentencia judicial implica entonces la ruptura total y definitiva de los derechos propios de la potestad parental, sin que puedan recuperarse en el futuro (Parra, 2019a).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, con buen criterio, ha exigido a los falladores que la decisión de la pérdida de la patria potestad esté fundamentada en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como consideración primordial y prevalente. Al tratarse de una determinación tan drástica, es deber del juez examinar las circunstancias individuales y únicas de cada caso concreto, para determinar si hay lugar o no a decretar la privación de la potestad parental. Verbigracia, en la sentencia C-1003 de 2007, al analizar el maltrato al hijo como causal de privación de patria potestad, sostuvo el Alto Tribunal:

En tal medida, si la causal para que un juez decrete la emancipación del menor es solamente el maltrato del hijo, le corresponderá al juez de conocimiento respectivo valorar en cada caso las circunstancias que rodean al menor afectado, para efectos de determinar si amerita decretar la pérdida de la patria potestad del padre o padres que incurrir en tales conductas (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-1003, 2007).

Similar advertencia se plasmó en sentencia C-997 de 2004, al examinar la causal de privación de patria potestad contenida en el numeral 4º del artículo 315 del Código Civil, adicionado por el artículo 10 del Decreto 772 de 1975, consistente en “haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año”. La Honorable Corte Constitucional dispuso que no basta con acreditar probatoriamente que el progenitor demandado ha cometido una conducta punible y que haya sido sancionado con pena de prisión mediante sentencia ejecutoriada, pues le corresponde al juez analizar el contexto, y valorar la pertinencia de la medida, como se aprecia en estos términos:

(...) Así, es el juez del proceso, en cada caso concreto, el que determina a la luz del principio del interés superior del menor si resulta benéfico o no para el hijo que la patria potestad que ejercen sus padres se dé por terminada, pero ello, se insiste no opera de manera objetiva dado que esa circunstancia haría injustificada la existencia de un proceso judicial con esa finalidad. De esta manera, corresponde al juez en cada caso adoptar

la mejor decisión para los intereses del menor (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-997, 2004).

En todo caso, la privación de la patria potestad no implica la extinción de los deberes alimentarios del progenitor, que subsisten al tenor de lo dispuesto en el artículo 132⁸ del Código de la Infancia y la Adolescencia; y tampoco apareja inexorablemente la ruptura de los deberes de crianza, cuidado personal y educación del hijo, como se aprecia en la sentencia T-266 de 2012, pues en términos de la Corte Constitucional:

En síntesis, cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con los hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que les han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores de edad, se exponen a ser despojados de las facultades derivadas de la patria potestad, sin perjuicio de que, en todo caso, se mantengan vigentes las obligaciones morales y pecuniarias que les corresponden como padres, surgidas de la relación natural que existe entre ellos, y que son ineludibles en su observancia. Es necesario recordar que el régimen de visitas pertenece a los deberes de crianza, cuidado personal y educación que no se extinguen con la pérdida de la patria potestad (Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, T-266, 2012).

Finalmente, se advierte que la privación de la patria potestad se justifica en tanto se adopte como medida de protección a favor del menor de edad, en tanto sus padres no garanticen “las condiciones morales, éticas, sociales, etc., para su desarrollo integral y que por el contrario con sus conductas (acciones u omisiones) ponen en riesgo la correcta formación de las niñas y niños en un ambiente de armonía y unidad” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-997, 2004).

En este orden de ideas, decretar la privación de la patria potestad de un progenitor no resulta una decisión sencilla para el juez, quien deberá analizar las circunstancias que rodean cada caso concreto, velando por la protección de los derechos fundamentales prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, y garantizando además el debido

8. Dispone la norma: Artículo 132. Continuidad de la obligación alimentaria. Cuando a los padres se imponga la sanción de suspensión o pérdida de la patria potestad, no por ello cesará la obligación alimentaria. Esta obligación termina cuando el niño, la niña o el adolescente es entregado en adopción” (Ley 1098, 2006).

proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales que le asisten al progenitor demandado.

A continuación, se analizarán los antecedentes histórico-normativos de la legislación procesal que han habilitado al Juez para determinar, en el marco del debate procesal, si concurren los presupuestos axiológicos para decretar la privación de la patria potestad, decisión que en la actualidad le compete al Juez de Familia, pero que antaño, antes de la creación de la especialidad de familia en la jurisdicción ordinaria, eran del resorte de otros funcionarios jurisdiccionales.

3.2 Antecedentes históricos del proceso de privación de patria potestad

El Consejo Legislativo Nacional, mediante la Ley 57 de 1887, adoptó el Código Civil de 1873 como legislación aplicable en el territorio de la República de Colombia (Hinestrosa, 2006). Para entonces, las cuestiones jurídico-procesales estaban reguladas en el Código Judicial de Cundinamarca de 1858, adoptado por los Estados Unidos de Colombia en 1872, reformado en 1873, y que se adoptó sin modificaciones como código nacional, a través de la misma Ley 57 de 1887 (López, 2016).

En virtud de este primer código procesal patrio, el poder judicial federal se ejercía por “el Senado de Plenipotenciarios, la Corte Suprema federal i los Tribunales i Juzgados de primera instancia establecidos en los Estados i en los Territorios pertenecientes a la Nación” (Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia, 1872).

Los jueces nacionales de primera instancia de los Estados que integraban la entonces república federal, equiparables luego a los jueces del circuito, no se dividían en especialidades, y en atención a lo dispuesto en el artículo 51 de esta codificación, conocían en primera instancia de las demandas de mayor cuantía. Para el tema que nos convoca, la competencia para conocer de las demandas de privación de la patria potestad era del resorte de estos jueces nacionales, en primera instancia, según lo estableció el artículo 1331, en los siguientes términos:

Art. 1331. La emancipación forzosa que es la que puede demandar el hijo en los casos previstos en las leyes sustantivas, se sustanciará por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, i conocerá en estos juicios

el Juez de primera instancia, en cuyo territorio residan el padre i el hijo. En estos juicios se nombrará al hijo un curador *ad litem*, i si lo pidiere, será separado del poder del padre, i depositado durante el juicio (Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia, 1872). (Cursivas originales).

Por lo tanto, puede afirmarse que, desde el origen histórico del derecho procesal colombiano, el proceso de privación de patria potestad se dirime con la garantía de la doble instancia. Luego, la Ley 105 de 1890 introdujo diversas reformas a los procesos judiciales, mas no se ocupó de modificar los aspectos adjetivos de la privación de la patria potestad. Por su parte, la Ley 105 de 1931, conocida también como Código Judicial, precisaría en su artículo 813⁹ que, en los procesos de emancipación judicial, –que equivalen a la privación de la patria potestad–, se requiere la presencia del Ministerio Público, y que se tramitarán bajo la cuerda de “un juicio verbal con el padre y la madre” (Ley 105, 1931).

Posteriormente, mediante la Ley 83 de 1946, conocida como “Orgánica de la Defensa del niño”, se creó la jurisdicción de menores, que al tenor de lo expresado en su artículo 1^o, se destinó a conocer de las infracciones a la ley penal cometidas por los menores de 18 años, así como de la adopción de medidas de asistencia y protección a su favor, en caso de que se hallen “en estado de abandono o de peligro moral o físico” (Ley 83, 1946). Justamente entre el conjunto de medidas protectionistas que podía decretar el Juez de Menores, se encontraba la de decidir la privación de la patria potestad, en atención a lo regulado en los artículos 48 a 54 de esta misma ley. En ese evento, y según lo ordena el artículo 51 numeral 3^o ibidem, se podían asumir las siguientes decisiones consecuenciales:

- a) Depositar al menor en poder de personas bondadosas para con el menor, de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica;
- b) Internar al menor en un establecimiento de protección infantil, público o privado, o en una escuela-hogar pública o privada, o en una escuela de trabajo pública o privada.

9. Dispone la norma: “Artículo 813. La emancipación judicial se decreta por el Juez, previa audiencia del Ministerio Público y surtida la tramitación de un juicio verbal con el padre y la madre, tal como se indica en el artículo 803” (Ley 105, 1931).

Cuando sea el caso del anterior inciso, deberá el Juez determinar en su providencia la cuota mensual, que puede ser ínfima, con que deberán contribuir para la educación del menor los padres o personas que le den alimentos. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia (Ley 83, 1946).

Más tarde, con la expedición del Código de Procedimiento Civil (en adelante C.P.C.), se reguló la privación de la patria potestad en el artículo 424, que en virtud de lo indicado en el artículo 414-3 del texto original, se tramitaría y decidiría en proceso abreviado por el juez civil del circuito, cuando no correspondan a los jueces de menores. Este proceder se aplicó hasta el surgimiento de la jurisdicción de familia.

3.3 La creación de la jurisdicción de familia y su rol en el proceso de privación de patria potestad

Mediante el Decreto 2272 del 7 de octubre de 1989, el Presidente de la República, investido de las facultades extraordinarias que le confirió el Congreso de la República a través de la Ley 30 de 1987, creó y organizó la jurisdicción de familia. En cuanto a la competencia para conocer del proceso de pérdida, suspensión o rehabilitación de la patria potestad, el numeral 5 del artículo 5º de este Decreto le endilgó su conocimiento al Juez de Familia, en primera instancia¹⁰.

No se precisó en esa norma cuál era el tipo de proceso que debía surtir para el efecto. No obstante, mediante el Decreto 2282 expedido también el 7 de octubre de 1989, se introdujo la consecucional reforma al artículo 427 del C.P.C., consagrando que, en virtud de su naturaleza, el proceso de privación de patria potestad se tramitará a través del proceso verbal de mayor y menor cuantía¹¹.

En la nomenclatura de los procesos declarativos regulados por el C.P.C., se encontraba el proceso ordinario, el abreviado y el verbal; y

10. Dispone la norma: Artículo 5º Competencia. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos: (...) EN PRIMERA INSTANCIA. (...) 5. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos. (...) (Decreto 2272, 1989).

11. Dispone la norma: Artículo 1º. Introdúcense las siguientes reformas al Código de Procedimiento Civil: (...) 231. El artículo 427, quedará así: Asuntos que comprende. Se tramitarán en proceso verbal por el procedimiento consagrado en este capítulo, los siguientes asuntos: Parágrafo 1º. En consideración a su naturaleza: (...) 2. Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad o de la administración de bienes del hijo y remoción del guardador (...) (Decreto 2282, 1989).

este último, a su vez, se clasificaba en verbal de mayor y menor cuantía, y en verbal sumario. Una trascendental diferencia entre estas dos últimas cuerdas procesales consistía en que la primera admite doble instancia, en tanto la segunda, no lo permite. Así las cosas, la privación de la patria potestad se dirimía a través del proceso verbal de mayor y menor cuantía, en consideración a su naturaleza, conocido por el Juez de Familia, en primera instancia. Al respecto, precisa el tratadista López (2009), refiriéndose al C.P.C.:

Es el cuarto de los procesos declarativos regulados en el Estatuto Procesal Civil denominado *proceso verbal*, que presenta dos aspectos diversos: el proceso verbal y el proceso verbal sumario, que si bien es cierto tienen una estructura similar, muestran una importante diferencia: el proceso verbal está destinado a tramitar ciertos asuntos en consideración a su naturaleza, es decir, sin que importe para nada la cuantía y también otros cuando las pretensiones son de menor y mayor cuantía, habiéndose previsto que todo proceso que va por la vía del verbal tiene siempre dos instancias, en veces (sic) municipal-circuito, en otras circuito-tribunal; no obstante, los que siguen el trámite del proceso verbal sumario determinan que todos los procesos que por su intermedio sean desarrollados lo serán en única instancia, pues no es posible que exista recurso de apelación para ninguno de los asuntos adscritos a este sistema y que, como se verá, cobija también procesos diversos a los de mínima cuantía, algunos de significativo valor (p. 217).

Por otra parte, el artículo 446 del C.P.C., modificado por el artículo 1º, numeral 250 del Decreto 2282 de 1989, regulaba las disposiciones especiales del proceso de privación de patria potestad, ubicándose la norma en el Libro Tercero, Sección Primera, Título XXIII, capítulo III, referente a las disposiciones especiales de los procesos verbales.

A diferencia de lo que ocurriría con la expedición del Código General del Proceso, que decidió separar las disposiciones especiales para los procesos verbales y para los verbales sumarios, en dos capítulos independientes; en el Código de Procedimiento Civil estaban unificadas las disposiciones especiales, que regulaban aspectos específicos de ciertos procesos verbales de mayor y menor cuantía, y también de ciertos verbales sumarios.

Para ilustrar la diferencia en la taxonomía que incorporaron estos dos compendios procesales, se muestra en la siguiente comparación gráfica la estructura de los procesos verbales, exhibiendo el índice de títulos y capítulos en el C.P.C. y en el C.G.P., en lo pertinente.

Tabla 1

Comparación del índice de los procesos verbales y sus disposiciones especiales en el C.P.C. y en el C.G.P.

Código de Procedimiento Civil	Código General del Proceso
Libro Tercero. Los procesos.	Libro Tercero. Procesos.
Sección Primera. Procesos Declarativos.	Sección Primera. Procesos Declarativos.
Título XIII. Procesos Verbales.	Título I. Proceso Verbal.
Capítulo I. Proceso Verbal de Mayor y Menor Cuantía.	Capítulo I. Disposiciones Generales.
Capítulo II. Proceso Verbal Sumario.	Capítulo II. Disposiciones Especiales.
Capítulo III. Disposiciones Especiales.	Título II. Proceso Verbal Sumario.
	Capítulo I. Disposiciones Generales.
	Capítulo II. Disposiciones Especiales.

Fuente: Autoría propia

En vista de lo expuesto, no había discusión frente al tipo de proceso que debía surtirse para adelantar el proceso de privación de patria potestad, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, y sus disposiciones especiales, al estar en un capítulo que indistintamente reunía las que atañen a los verbales de mayor y menor cuantía, y a los verbales sumarios, no se prestó a la confusión. No obstante, a partir de la expedición del Código General del Proceso se generó la tribulación objeto de este artículo, al incurrir en la contradicción procesal que enseguida se describe.

3.4 El enigma de la cuerda procesal de la privación de patria potestad, que suscitó el Código General del Proceso

El numeral 4 del artículo 22 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el C.G.P., dispuso que será competencia de los jueces de familia, en primera instancia, conocer de los asuntos de pérdida de la patria potestad. Por otro lado, en la taxonomía de los procesos declarativos, el estatuto procesal civil distinguió entre el proceso verbal, el verbal sumario y los declarativos especiales.

Al regular los asuntos sometidos al trámite del proceso verbal, el C.G.P. consagró su carácter residual al disponer en el artículo 368 que

“[s]e sujetará al trámite establecido en este Capítulo (sic) todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial” (Ley 1564, 2012).

A su turno, en el artículo 390 se estableció que se tramitarán por el proceso verbal sumario los asuntos contenciosos de mínima cuantía y, además, aquellos que se enlistaron taxativamente, en consideración a su naturaleza. Entre los asuntos incluidos en esta misma norma, vale resaltar el regulado en el numeral 3, referente a

Las controversias que se susciten respecto del ejercicio de la patria potestad, las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en este y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior y del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes (Ley 1564, 2012). (Cursiva fuera de texto).

Sin embargo, en el marco de estas controversias relativas al ejercicio de la patria potestad no puede entenderse incluido el proceso de privación de patria potestad, que corresponde a la emancipación judicial, y conduce a la pérdida definitiva de los derechos parentales derivados de aquella. En efecto, a través del primer asunto, podrán dirimirse divergencias que se susciten entre los progenitores atinentes a las decisiones que deben adoptar en cuanto al patrimonio de sus descendientes, o en cuanto a los aspectos personales del menor de edad, verbigracia, acordar pautas conjuntas de crianza, o determinar el establecimiento educativo en el que su hijo cursará sus estudios; y se requiere del previo agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, atendiendo lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 40 de la Ley 640 de 2001¹². Por lo tanto, el proceso de privación de patria potestad no se encuentra comprendido en la enumeración de los procesos verbales sumarios.

En este orden de ideas, no es equiparable la privación de la patria potestad, a las controversias que se susciten en cuanto a su ejercicio. El primer proceso se endilga al juez de familia en primera instancia,

12. Dispone la norma: Artículo 40. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS DE FAMILIA. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 35 de esta ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos: (...) 6. Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad (...) (Ley 640, 2001).

según el artículo 22-4¹³ del C.G.P.; en tanto que el segundo, se asigna también al juez de familia, pero en única instancia, como se aprecia en el artículo 21-9¹⁴ del C.G.P. Para mayor ilustración de esta diferencia, conviene citar al tratadista Jorge Parra (2019b), que en su obra intitulada *Derecho de Familia, Tomo II - Acciones extrajudiciales y judiciales*, diferencia el alcance de estos dos asuntos, en los siguientes términos:

Las controversias sobre dirección conjunta del hogar, si bien ocurren ordinariamente, no suelen plantearse ni siquiera en el plano de la conciliación extrajudicial. En cambio, las atinentes al ejercicio de la autoridad paterna o al ejercicio de la patria potestad, sí se someten con más frecuencia a la solución amistosa y mediada. Debe quedar claro que, en torno a la patria potestad, lo que es susceptible de conciliación es su ejercicio, no así su titularidad, como que esta no es renunciable y su régimen es de orden público (p. 29).

Ahora bien, la regulación específica de la privación de la patria potestad se alberga en el artículo 395 del C.G.P., y es justamente aquí cuando surge la duda acerca de la naturaleza jurídica de este proceso, habida cuenta que esta norma se encuentra integrada en el Libro III, Sección Primera, Título II, Capítulo II, atinente a las disposiciones especiales del *proceso verbal sumario*.

Por lo tanto, la controversia estriba en la determinación del tipo de proceso que debe adelantarse para dirimir un asunto de privación de patria potestad, si le corresponde el trámite del proceso verbal, en atención a lo dispuesto en los artículos 22-4 y 368 del C.G.P.; o por el contrario, si debe imprimirse el trámite del proceso verbal sumario, en virtud de lo reglado en el artículo 395, teniendo en cuenta su ubicación en el estatuto procesal, dentro de las disposiciones especiales de los verbales sumarios.

De ahí que, para resolver el problema, y definir la naturaleza jurídica del proceso de privación de patria potestad, han surgido tres hipó-

13. Dispone la norma: Artículo 22. Competencia de los jueces de familia en primera instancia. Los jueces de familia conocen, en primera instancia, de los siguientes asuntos: (...) 4. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos (...) (Ley 1564, 2012).

14. Dispone la norma: Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: (...) 9. De las controversias que se susciten entre padres o cónyuges, o entre aquellos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad y los litigios de igual naturaleza en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos (...) (Ley 1564, 2012).

tesis: (i) es un proceso verbal sumario (por tanto, de única instancia); (ii) es un proceso verbal sumario *sui generis* con doble instancia; o (iii) es un proceso verbal. Por consiguiente, se desarrollarán a continuación estas hipótesis, para ponderar cuál de ellas surge como la alternativa más razonable.

3.5 El Proceso de privación de patria potestad NO es un proceso verbal sumario de única instancia

Admitir que el proceso de privación de patria potestad, por la mera ubicación normativa del artículo 395 en la nomenclatura del C.G.P., es un verbal sumario, va en contravía de la garantía de doble instancia que acompaña al proceso verbal, prevista en el artículo 22-4 *ejusdem*, que le atribuyó el conocimiento de este asunto al Juez de Familia en primera instancia. El verbal sumario, por expresa disposición del parágrafo 1º del artículo 390 del C.G.P. se decide en única instancia y, por ende, no es la cuerda adecuada para tramitar este debate procesal. Así lo explica justamente el prestigioso procesalista Ramiro Bejarano (2016):

En el caso del proceso de privación y suspensión de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo, el error en el que se incurrió es protuberante. En efecto, el proceso aparece en el cuerpo de las disposiciones especiales de los verbales sumarios, es decir asuntos de única instancia, pero en el artículo 22 del CGP, que regula la competencia de los jueces de familia en primera instancia, aparece enlistado en el numeral 4º, el proceso relacionado con “la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes del hijo”. Hay, entonces, *una contradicción entre dos normas de un mismo código*, que con base en el artículo 5º de la Ley 53 de 1887, debe resolverse dando prioridad a la disposición especial, que para este caso es el artículo 22, en cuanto allí se definió que este es un asunto de dos instancias (párr. 6). (Cursiva fuera de texto).

No obstante lo dicho, en lo que se muestra como un error de apreciación, el distinguido doctrinante Jaime Azula Camacho (2019) sostiene en su última obra que al proceso de privación de patria potestad se le debe imprimir el trámite del proceso verbal sumario, tornándose en apóstol de esta primera hipótesis. Así lo rememora Azula (2019):

Con la reforma del Código de Procedimiento Civil y la creación de la jurisdicción de familia, se unificó tanto la competencia como el trámite. En efecto, el conocimiento de todas las pretensiones relativas a la patria potestad, remoción del guardador en general, tanto si el pupilo era mayor

de edad o si era menor, y la privación de la administración de los bienes del hijo, *se atribuyó a los jueces de familia mediante el trámite del proceso verbal sumario en única instancia*, conforme lo previsto por el decreto 2272 de 1989, artículo 5º, parágrafo 1º, numerales 5 y 6, en concordancia con el artículo 435, parágrafo 1º, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil, según las modalidades especiales previstas en el artículo 446, ibidem, criterio acogido por el artículo 395 del Código General del Proceso (p. 292). (Cursivas fuera de texto).

El error de esta aseveración se apuntala en asumir que el Decreto 2272 de 1989 encargó al juez de familia, en única instancia, el conocimiento del proceso de pérdida de patria potestad, aspecto que riñe con la realidad, como palmaria surge la redacción del artículo 5º numeral 5º de este decreto, al indicar:

Artículo 5º. Competencia. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos:

(...) EN PRIMERA INSTANCIA.

(...) 5. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos (...) (Decreto 2272, 1989).

Por otro lado, el Decreto 2282 de 1989, a diferencia de lo expresado por el tratadista, no contempló que el proceso de privación de patria potestad debía resolverse bajo la cuerda del verbal sumario, sino a través del verbal de mayor y menor cuantía. Para confirmar lo expuesto, menester se hace transcribir en lo pertinente la norma invocada, en sus artículos 230 y 231:

230. El Título XXIII, quedará así:

TITULO XXIII. Procesos verbales.

CAPITULO I. Proceso verbal de mayor y menor cuantía.

231. El artículo 427, quedará así:

Asuntos que comprende. Se tramitarán en proceso verbal por el procedimiento consagrado en este capítulo, los siguientes asuntos:

Parágrafo 1º. En consideración a su naturaleza:

(...) 2. Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad o de la administración de bienes del hijo y remoción del guardador (...) (Decreto 2282 de 1989).

Por lo tanto, desde su origen histórico procesal, el proceso de privación de patria potestad ha gozado de la garantía de la doble instancia, y jamás ha tenido la connotación de verbal sumario, como quedó en evidencia a través de las referidas normas. Luego, y a modo de síntesis, si bien es cierto que la ubicación del artículo 395 del C.G.P. podría sugerir que el proceso de privación de patria potestad se tramita como verbal sumario, esta tesis iría en contravía de lo ordenado en los artículos 22-4 y párrafo 1º del artículo 390 del C.G.P. En consecuencia, se descarta esta primera hipótesis, confirmando que a la privación de la patria potestad no le corresponde la cuerda procesal del verbal sumario.

3.6 El proceso de privación de patria potestad NO es un proceso verbal sumario *sui generis* con doble instancia

El jurista Hernán Fabio López (2018), luego de reparar en la evidente contradicción contenida que surge entre los artículos 21-9, 22-4 y 395 del Código General del Proceso, sostiene la posición doctrinal que a su juicio resulta la más garantista: reconocer que el proceso de privación de patria potestad se debe tramitar como *verbal sumario, pero con doble instancia*, convirtiéndose en precursor de esta segunda hipótesis. Así lo expone López (2018) en su obra:

Se observa que las controversias atinentes al ejercicio de la patria potestad tienen que ver con pérdida, suspensión y restablecimiento de la patria potestad pues no veo que otro alcance tenga la norma; empero, el art. 22 del C.G.P. en el numeral 4º asigna a los jueces de familia en primera instancia el conocimiento de los procesos referentes a “la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos”, con lo que es palpable la falta de armonía entre las dos normas, de ahí que es menester sentar posición respecto a cuál debe ser la aplicable, pues si bien las dos apuntan a que el proceso es verbal sumario, tema claramente establecido, en un caso es de única y en el otro de primera instancia.

Tomo partido por la interpretación garantista es decir que este proceso se conoce en primera instancia por los jueces de familia, interpretación que también predico del proceso de remoción de guardador (...).

En conclusión, estos procesos se tramitan como verbales sumarios, pero tienen dos instancias (pp. 259-260).

No obstante, esta alternativa ecléctica, que sitúa al proceso de privación de patria potestad entre los verbales sumarios, pero con la garantía de la doble instancia, no resulta de recibo, por las siguientes razones:

3.6.1 *El artículo 21-9 y el artículo 22-4 del CGP no regulan materias asimilables*

El artículo 21-9 y el artículo 22-4 del C.G.P. no regulan materias asimilables, como lo sugiere el autor, toda vez que la primera norma se refiere a las controversias que se susciten entre padres, o entre estos y sus hijos menores de edad, respecto al ejercicio de la patria potestad, y la conoce el juez de familia en única instancia; en tanto la segunda norma atiende a la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad, que también le compete al juez de familia, pero en primera instancia.

3.6.2 *No es cierto que los procesos regulados en los artículos 21-9 y 22-4 del CGP sean verbales sumarios*

El estatuto adjetivo civil asumió que el proceso verbal tendría carácter residual, pues así lo ordena el artículo 368, al expresar: “[s]e sujetará al trámite establecido en este Capítulo todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial” (Ley 1564, 2012). Al no consagrarse expresamente el proceso de privación de la patria potestad en la enunciación prevista en el artículo 390 del CGP, que dispone “[s]e tramitarán por el procedimiento verbal sumario los asuntos contenciosos de mínima cuantía, y los siguientes asuntos en consideración a su naturaleza (...)” (Ley 1564, 2012), simplemente no podría estimarse que la privación de la patria potestad debe seguirse bajo la cuerda de los verbales sumarios.

3.6.3 *En atención del proceso de legalidad, no puede el juez crear un procedimiento diferente a los establecidos en el estatuto adjetivo civil, pues aquello constituiría una transgresión al derecho constitucional al debido proceso*

Así pues, no puede aplicar unas reglas del verbal sumario, y a su arbitrio, acoger otras que son propias del proceso verbal (como la aplicación de la doble instancia). La integración de un proceso *sui generis* híbrido creado por el juez no tiene recibo, pues desborda los procedimientos señalados en la Ley.

Frente a la gravedad de permitir un juicio por fuera de los procedimientos establecidos en el estatuto procesal civil, apunta el ilustre profesor Nattan Nisimblat (2018):

El conocimiento previo de las reglas preestablecidas garantiza a las personas que la actividad judicial estará siempre sujeta a las formas propias de cada juicio, de modo que nunca sea el resultado del arbitrio del juez o de su capricho, fundamentos ambos que deslegitiman su poder jurisdiccional (p. 8).

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 Constitucional, y a nivel internacional, en materia civil, se formula en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1989, entre otros instrumentos.

Por su parte, el inciso 1º del artículo 13 del C.G.P. dispone: “las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y *en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas* por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley” (Ley 1564, 2012). (Cursiva fuera de texto). Por tanto, se descarta que se trate de un asunto *sui generis*, tesis que además no encuentra abrigo en la nomenclatura específica de los procesos regulados en la codificación adjetiva civil.

3.6.4 *Por expresa disposición legal contenida en el párrafo 1º del artículo 390 del CGP, el verbal sumario se dirime en única instancia*

De modo que no es del caso asumir que esta regla cuente con una excepción en el proceso de privación de patria potestad. Luego, al estar consagrada la garantía de doble instancia para este tipo de asunto, en virtud de lo normado en el artículo 22-1 del C.G.P., se tiene que el proceso a seguir es necesariamente el verbal.

3.7 El Proceso de Privación de Patria Potestad es un Proceso Verbal

Esta alternativa asume como punto de partida que la ubicación del artículo 395 del C.G.P. ha sido errónea, pues lejos de ser un cambio de

curso del Legislador, se aprecia como una errata, y para asegurarlo se apoya en criterios históricos y procesales.

En primer orden, acatando una perspectiva histórica, por su naturaleza, el proceso de privación de patria potestad ha sido un asunto de doble instancia, inclusive antes de su adjudicación al juez de familia, efectuada a partir del Decreto 2272 de 1989. Luego, con la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, se catalogó este asunto dentro de los verbales de mayor y menor cuantía, y no dentro del cúmulo de los verbales sumarios.

Por lo tanto, tradicionalmente este asunto jamás se ha sometido a la cuerda del verbal sumario, hasta que la desafortunada ubicación del artículo 395 del C.G.P. sembró la duda, norma que debió haberse ubicado en el Libro III, Sección Primera, Título I, Capítulo II, atinente a las disposiciones especiales del *proceso verbal*.

El jurista Ramiro Bejarano (2020) comulga con esta hipótesis, en su obra “Procesos Declarativos, Arbitrales y Ejecutivos”, defendiéndola de forma elocuente, en estos términos:

Es preciso advertir que el numeral 4 del artículo 22 del Código General del Proceso, dispone que este proceso sea conocido “por los jueces de familia en primera instancia”, con lo cual es obvio que no puede ser un verbal sumario, ni tramitado en única instancia. En efecto, un verbal sumario se tramita siempre en única instancia, y no en dos, como ocurre con esta controversia. En nuestro criterio, en el Código General del Proceso se incurrió en un lamentable error al incluir este proceso como verbal sumario con disposiciones especiales, pues se trata de un asunto de dos instancias, que, por tanto, debe tramitarse como verbal (p. 224).

A esta postura se suma también el tratadista Jorge Parra (2019b), que, al referirse a los procesos de suspensión y privación de la patria potestad, y sin hacer mención expresa a las contradicciones que han sido develadas en este artículo, afirma lacónicamente en su obra: “A la actuación se aplican las reglas del proceso verbal” (p. 211).

Desde luego que no es únicamente la garantía de la doble instancia la que diferencia al trámite verbal y al verbal sumario, y, por tanto, sería una posición reduccionista aquella que encuentra en este aspecto la única distinción relevante entre estos dos tipos de procesos. Para mayor ilustración, se recopilan las diferencias más relevantes entre estas dos cuerdas procesales, en la siguiente tabla.

Tabla 2

Diferencias comparativas entre el Proceso Verbal y el Proceso Verbal Sumario en el CGP

Proceso Verbal. Artículos 368 a 373 C.G.P.	Proceso Verbal Sumario. Artículos 390 a 392 C.G.P.
Dos audiencias.	Única audiencia.
Dos instancias.	Única instancia.
Admite reforma de demanda.	No admite reforma de demanda.
Admite amparo de pobreza y trámite de terminación del amparo.	Admite amparo de pobreza, pero no trámite de terminación de amparo.
El término de traslado de la demanda es de 20 días.	El término de traslado de la demanda es de 10 días.
La demanda, la contestación de la demanda y sus correcciones se hacen por escrito.	La demanda, la contestación y sus correcciones pueden hacerse de forma oral.
Se requiere aportar anexos	Sólo se requiere aportar anexos, cuando el juez lo considere indispensable.
Las excepciones previas tienen trámite especial. con traslado al demandante y la posibilidad de práctica de pruebas.	Los hechos que configuren excepciones previas sólo se alegarán como recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda.
Las excepciones previas se proponen dentro del término de traslado de la demanda.	No se puede proponer excepciones previas.
Admite acumulación de procesos.	No admite la acumulación de procesos.
Admite formulación de incidentes.	No admite trámite de incidentes.
Se admite suspensión del proceso por cualquier causa legal.	No se admite suspensión del proceso por causa diferente al común acuerdo.
No prevé limitaciones en el número de testigos por cada hecho.	Para la práctica de la prueba testimonial, no podrán decretarse más de dos testimonios por cada hecho.
No podrán formular más de veinte (20) preguntas a la contraparte, en los interrogatorios de parte.	No podrán formular más de diez (10) preguntas a la contraparte, en los interrogatorios de parte.

Fuente: Autoría propia

Como puede apreciarse, la diferencia entre el proceso verbal y el verbal sumario no se restringe al número de instancias que a cada uno le atañe. Se trata de una serie de prerrogativas procesales que no deben perderse a pretexto de la desafortunada ubicación del artículo 395 en el C.G.P., acomodado en el compendio de las disposiciones especiales del verbal sumario. A todas luces, el proceso verbal resulta más garantista que el verbal sumario, como se estructuró en el análisis comparativo que antecede, lo que refuerza la tesis de que el proceso de privación de patria potestad debe tramitarse como uno verbal, más aun teniendo en cuenta las implicaciones que acarrea decidir la terminación definitiva de la potestad parental, frente a la protección de los derechos fundamentales prevalentes de los niños, niñas y adolescentes.

3.8 Postura de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sede de tutela

Mediante sentencia STC3337-2019, proferida el 18 de marzo de 2019, con ponencia del Honorable Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia resolvió en segunda instancia la impugnación de un fallo de tutela proferido por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en contra del Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Armenia.

Se narra en la sentencia que Jaime Alberto Clavijo Dávila incoó frente a Diana Marcela Toro Ortega, respecto de su hija en común, demanda de privación y en subsidio suspensión de la patria potestad, acción que fue conocida por la Juez Segunda de Familia del Circuito de Armenia, ordenando mediante auto admisorio imprimirle el trámite del proceso verbal sumario. Después de agotar los medios impugnativos dispuestos en el proceso, decidió el demandante promover acción de tutela, solicitando se “resguarden los derechos al debido proceso, defensa, contradicción e igualdad, en concordancia con los principios de buena fe y seguridad jurídica” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC3337, 2019), y se ordene al juzgado de conocimiento imprimir a la demanda el trámite del proceso verbal, establecido en el artículo 368 del CGP.

La Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, actuando como *a quo*, concedió la tutela a favor del

accionante; y a su turno, resolviendo la impugnación del fallo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, obrando como *ad quem*, confirmó la sentencia, al considerar que se configuró un defecto procedimental absoluto, por haber errado la Juez al imprimir el trámite al proceso de privación de patria potestad, que a juicio de la Corporación, corresponde al proceso verbal. En su *ratio decidendi*, expresó la Corte:

La mera eventualidad que dentro del capítulo segundo del título II que fija algunas “disposiciones especiales” para los “verbales sumarios” incluya equivocadamente la “privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad...” no autoriza a predicar automáticamente que pleitos de ese contenido siguen esa vía, por cuanto tan endeble argumento, por demás insular, no puede superponerse al dictado general que de manera expresa atrae al trámite “verbal” todo asunto que no tenga trazada una ruta propia.

Con mayor razón si por salir al paso de la preceptiva insoslayable del numeral 4º del artículo 22, conforme al cual “Los jueces de familia conocen, en primera instancia (...) 4. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos”, se termina instituyendo en contravía de la prescripción legal que claramente determina que los procesos “verbales sumarios” “serán de única instancia”, uno peculiar de doble, creando innecesariamente un “constructo” que bien puede obviarse con una aplicación más sencilla, productiva y armoniosa del articulado en comento.

(...) Así las cosas, se concluye que a falta de una norma exclusiva que establezca un ritual para litigios como el que origina este debate, se acata la regla general conforme a la cual se sigue el verbal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC3337, 2019).

Si bien se trata de un fallo de tutela de segunda instancia con efectos *inter partes*, que no corresponde a la sede de casación, y que por ende, jamás podrá alcanzar la categoría de doctrina probable, los postulados de la Corporación se comparten plenamente, pues sumados a los criterios jurídicos sustanciales, y a los antecedentes histórico-procesales detallados en este artículo, permiten superar la desafortunada errata que desvió la ubicación del artículo 395 en el C.G.P., reivindicando así el carácter verbal que le asiste al proceso de privación de patria potestad. El reto es extender estos criterios a los demás despachos judiciales del territorio nacional, pues de contera, al tenor de lo indicado por el

artículo 22-4, estos argumentos resultan también aplicables a los pleitos de suspensión y rehabilitación de la patria potestad, y a los juicios de privación de la administración de los bienes de los hijos.

CONCLUSIONES

Desde su origen histórico en el derecho procesal patrio, esto es, desde la expedición del Código Judicial de 1872, y continuando con el Código de Procedimiento Civil, con las reformas introducidas por los Decretos 2272 y 2282 de 1989, el proceso de privación de patria potestad, también denominado emancipación judicial o pérdida de patria potestad, se ha tramitado por juez del circuito, y ha contado con la prerrogativa de la doble instancia, lo que permite a los extremos procesales contar con la garantía de la corrección de la sentencia de primer grado, a través de la eventual revisión del *ad quem*. No es para menos. Se trata de una determinación judicial de inmensa magnitud, con repercusiones en la célula familiar, y en especial, en la vida de los menores de edad. Por ello, insistente ha sido la Corte Constitucional en exigir a los jueces de familia que la drástica terminación de la potestad parental debe acogerse sólo cuando resulte benéfica para el menor de edad, en atención al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y a la protección de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, la defensa de asumir que el proceso de privación de patria potestad es un proceso verbal, va más allá de conservar la doble instancia. Se trata también de unos términos de traslado mucho más amplios, que permiten estructurar la defensa del demandado sin excesiva premura, y además, permiten a los litigantes efectuar las investigaciones que darán lugar a diseñar la arquitectura probatoria, que a su turno, le permitirá al juez adoptar una decisión con pleno conocimiento de las circunstancias fácticas que rodean un caso concreto. Además, el proceso verbal no limita a dos los testimonios por casa hecho, permite mayor número de preguntas en los interrogatorios de parte, no impide la reforma del libelo genitor, permite la acumulación de procesos, la suspensión del proceso por causas distintas al mutuo acuerdo de las partes, admite el trámite de terminación de amparo de pobreza, la reforma de la demanda, y la formulación de incidentes y excepciones previas.

De este modo, el proceso de privación de patria potestad no se surte por el trámite del proceso verbal sumario, ni se acoge a un híbrido que le adicione al verbal sumario la prerrogativa de la doble instancia. Habida cuenta de la especial connotación que rodea a los asuntos de privación de patria potestad, que implican la censura definitiva e irreparable de los derechos que al progenitor le corresponden sobre la persona y el patrimonio de su descendencia, resulta jurídicamente plausible que aquellos se tramiten con más garantías, lo que implica que se decidan a través del proceso verbal.

REFERENCIAS

- Azula, J. (2019). *Manual de Derecho Procesal. Tomo III. Procesos de conocimiento*. 6a ed. Bogotá: Temis.
- Bejarano, R. (2020). *Procesos Declarativos, Arbitrales y Ejecutivos*. 9a ed. Bogotá: Temis.
- Bejarano, R. (28 de enero de 2016). En el camino se arreglan las cargas. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/en-el-camino-se-arreglan-las-cargas>
- Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia [Código]. (1872). Biblioteca Nacional de España. Recuperado de <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000124694&page=1>
- Congreso de Colombia (06 de agosto de 1970) Código de Procedimiento Civil [Decreto 1400 de 1970]. DO: 33.150.
- Congreso de Colombia (12 de julio de Fuente: Autoría propia 2012). Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.
- Congreso de Colombia (17 de octubre de 1931). Código Judicial [Ley 105 de 1931]. DO: 21.823
- Congreso de Colombia (26 de diciembre de 1946). Ley Orgánica de la Defensa del Niño [Ley 83 de 1946]. DO: 26.363.

- Congreso de los Estados Unidos de Colombia (31 de mayo de 1873). Código Civil Colombiano [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867.
- Congreso de Colombia (5 de enero de 2001). Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. [Ley 640 de 2001]. DO: 44.303
- Congreso de Colombia (8 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (3 de marzo de 2010). Sentencia C-145 [M.P. Gabriel Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (12 de octubre de 2004). Sentencia C-997 [M.P. Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (22 de noviembre de 2007). Sentencia C-1003 [M.P. Clara Inés Vargas].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión (29 de marzo de 2012). Sentencia T-266. [M.P. Jorge Palacio Palacio]
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión (20 de septiembre de 2018). Sentencia T-384. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (18 de marzo de 2019). Sentencia STC3337. [M.P. Octavio Augusto Tejeiro]
- Frugoni, E. (1936). *La Canción Humana*. Recuperado de http://www.autores-deluruguay.uy/biblioteca/Emilio_Frugoni/lib/exe/fetch.php?media=frugoni_-_la_cancion_humana.pdf
- Hinestrosa, F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (10), 5-28. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/582/549>
- López, H. F. (2009). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo II. Parte Especial*. 9a. ed. Bogotá: Dupré Editores.
- López, H. F. (2016). Código General del Proceso. Parte General. Dupré.
- López, H. F. (2018). Código General del Proceso. Parte Especial (2a ed.). Dupré.
- Monroy, M. G. (2011). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. 14a. ed. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Nisimblat, N. (2018). *Derecho Probatorio. Técnicas de Juicio Oral*. 4a ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Parra, J. (2019). *Derecho de Familia. Tomo I. Parte Sustancial*. 3a ed. Bogotá: Temis.

Parra, J. (2019). *Derecho de Familia. Tomo II. Actuaciones extrajudiciales y judiciales*. 3a. ed. Bogotá: Temis.

Presidencia de Colombia (7 de octubre de 1989). Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil [Decreto 2282 de 1989]. DO: 39.013.

Presidencia de Colombia (7 de octubre de 1989). Por el cual se organiza la Jurisdicción de Familia, se crean unos Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones [Decreto 2272 de 1989]. DO: 39.012.

DEL PLURALISMO JURÍDICO Y OTROS DEMONIOS. EL CASO DE COLOMBIA Y BOLIVIA

Sebastián Alejandro García Caicedo¹
Edward David Ortega García²

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2021

Referencia: García, S., y Ortega, E. (2021). Del pluralismo jurídico y otros demonios. El caso de Colombia y Bolivia. *Revista Científica Codex*, 7(13), 39-83.

RESUMEN

El presente documento plantea, muy genéricamente, la necesidad y algunos elementos para pensar el principio del pluralismo jurídico, de la mano del fenómeno de la Constitución, de manera desfetichizada y como un código popular situado para América Latina y las periferias del mundo moderno-colonial-occidental-capitalista-eurocentrado. Para ello propone una comprensión contextual crítica e histórica de estos fenómenos y, valiéndose de un análisis de totalidad social, realiza un ejercicio pedagógico comparativo de dos países considerados como referentes en estos temas: Colombia y Bolivia, en sus más recientes procesos constituyentes. Al ser un análisis crítico, las reflexiones que

1. Abogado, Universidad de Nariño. Especialista en derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Maestrando en derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Miembro del Grupo de Trabajo "Crítica jurídica y conflictos socio políticos" de Clacso. Correo electrónico: jito.13@hotmail.com. Celular: (+57) 322 525 7820. Dirección de correspondencia: Manzana F, casa 14, Barrio Aquine alto2, Pasto, Nariño, Colombia.
2. Estudiante del programa de derecho de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: david.ortega1@udea.edu.co. Celular: (+57) 304 478 2777. Dirección de correspondencia: Calle 76 d sur No. 47 bb-15, Sabaneta, Antioquia, Colombia.

se presentan no son solo jurídicas, sino que el derecho se entiende, antes que nada, como expresión de determinados valores, creencias e intereses políticos y económicos, lo que nos permite analizar lo planteado como articulación, resistencia e interpelación al contexto actual de globalización neoliberal.

Palabras clave: Pluralismo jurídico, colonialismo, fetichización, Constitución, América Latina.

ABSTRACT

Generically this document raises the need and some elements to think about the principle of legal pluralism, hand in hand with the phenomenon of the Constitution, in a non-fetishized way and as a popular code located for Latin America and the peripheries of the modern-colonial-western-capitalist-eurocentrado world. For this, it proposes a critical and historical contextual understanding of these phenomena and, using an analysis of social totality, carries out a comparative pedagogical exercise of two countries considered as referents on these issues: Colombia and Bolivia, in their most recent constituent processes. Being a critical analysis, the reflections that are presented are not only legal, but the law is understood, first of all, as an expression of certain values, beliefs and political and economic interests, which allows us to analyze what is proposed as articulation, resistance and challenge to the current context of neoliberal globalization.

Keywords: Legal pluralism, colonialism, fetishization, Constitution, Latin America

INTRODUCCIÓN

El tema del pluralismo jurídico es un tema relativamente nuevo en la enseñanza del derecho y las discusiones de la teoría y filosofía del derecho. Su vinculación con la forma moderna del constitucionalismo y el derecho es más bien novedosa y muchas veces en pugna. Su debate ha adquirido mucha relevancia en algunos círculos académicos y sociales en los últimos 30 años en América Latina, pese a ser algo históricamente existente, pero de lo cual muy poca consciencia se tiene y más si de formación jurídica se trata. Esto, en alguna medida por el proceso de colonización y colonialidad permanente, continuo y vivo que existe, se ha catapultado y vuelto hegemónico en las mentes de los grandes

hombres que se forman y piensan las constituciones y el derecho. Para estos grandes y bien pensantes hombres (porque son hombres los que más han hecho este trabajo), no cabe duda que no existe ninguna realidad jurídica más allá de lo que los códigos discursivos y morales de la modernidad dicen significa una constitución, una norma o la justicia, pese a que han tenido que aceptar que eso no es tan real.

Lo cierto es que, en este primer ejercicio de consciencia sobre esa innegable realidad que nos ha afectado como pueblos y nos ha llevado a lo más oscuro de la soledad (pensando un poco en Octavio Paz y su *Laberinto de la Soledad*), impidiéndonos pensar de manera situada y contextualizada nuestras formas de organizar las mediaciones jurídicas necesarias para nuestra convivencia, tiene papel relevante la teoría del pluralismo jurídico emergente al finalizar los años 80 y comienzo de los 90, principalmente en América Latina y algunos académicos de la periferia epistemológica europea. Desde esta teoría, con base en discursos basados en la diversidad y pluralidad humana, se pone al desnudo la mentira de la homogeneidad de la modernidad y el monismo jurídico. Pero, mucho cuidado, que esa posición simplista también puede engañarnos; en especial cuando se disminuye su realidad a la simple coexistencia de espacios de producción jurídica y solución de controversias en un mismo tiempo y lugar.

Las presentes reflexiones bosquejan una tesis contraria a las partituras bien compuestas por algunos de estos *Rock Stars* jurídicos: para nosotros, algunos de los conceptos y axiomas explicativos de algunas posiciones en torno al pluralismo jurídico son reducidos y hasta cómplices con la homogeneidad del monismo jurídico porque terminan asimilando o absorbiendo lo diverso a la dinámica y supuestos del Estado moderno, que lo reducen a ser un discurso bien hilvanado, pero romántico y contradictorio con la realidad. Sería como hablar de la diversidad como una Torre de Babel, sin cuestionar profundamente que ella se estructura vertical y jerárquicamente, no de manera horizontal. Sí. Hay culturas, personas y grupos de personas que, para algunas mentes puras, valen y merecen más. Y no lo decimos nosotros, lo dice la realidad.

En específico, esa suerte de reduccionismo se observa de manera muy concreta en la fetichización constitucional que existe en torno al fenómeno de la Constitución, que todavía no logra escapar a la natu-

raleza moderna en su comprensión y la tiende a relacionar solo con el Estado, encontrando ahí los límites más grandes para una teoría jurídica pluralista como despliegue efectivamente emancipatorio de sujetos históricamente oprimidos, maltratados y despojados de sus formas de vida por el sistema mundo moderno-colonial-capitalista-racista-patriarcal-heteronormado-homofóbico-antropocéntrico-eurocentrado, quienes constantemente están haciendo la Constitución en sus prácticas de vida y seguramente conocen de mejores partituras constitucionales para componer melodías *otras* de un rock, digamos, subalterno.

Pues bien, este texto, acomete integrar un análisis crítico de esa interrelación generada entre el fenómeno del constitucionalismo y el pluralismo jurídico, proponiendo para ello un análisis jurídico crítico de derecho comparado, en dos países considerados como emblemáticos en el asunto: Colombia y Bolivia, teniendo como delimitación temporal sus más recientes procesos constituyentes: 1991 y 2009, respectivamente. Todo esto, justificado en la necesidad de evidenciar las diferentes realidades socio-jurídicas y políticas existentes en estos contextos altamente plurales, pero también conflictivos, así como la urgencia de pensar algunas bases necesarias para disputar sentidos hegemónicos del derecho y la justicia.

Se trata de brindar una muy aproximada respuesta a cuestionamientos como: ¿Cuál es el sentido, alcance y caracterización del principio del pluralismo jurídico en países como Colombia y Bolivia a partir de sus procesos constituyentes de 1991 y 2009 respectivamente? Y ¿Cómo se desarrolla el principio de pluralismo jurídico y sus tensiones con el constitucionalismo en contextos de globalización neoliberal en países como Colombia y Bolivia desde 1991 y 2009 respectivamente? Para ello, primero se presenta la manera en cómo se ha tratado, caracterizado y entendido conceptual y doctrinalmente este principio; segundo, se lo observa conforme al desarrollo jurídico que se la ha dado al interior de Colombia y Bolivia respectivamente; y, así, en tercer momento se hace un análisis crítico del principio de pluralismo jurídico en Colombia y Bolivia, a la luz de una mirada desfetichizada del derecho y con base en la realidad concreta opresiva y colonizada de estos pueblos y las mentes de muchas de sus más célebres gentes, aclamadas por el concierto político internacional hegemónico.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES ENTORNOAL PLURALISMO JURÍDICO

Hablar de pluralismo jurídico no es un asunto relativamente nuevo, aunque tampoco acabado ni muy común. Muchas personas han puesto sus energías para entenderlo o explicarlo mejor, siendo que todavía sigue teniendo un espacio muy reducido en las diversas discusiones que se dan en el campo del derecho. Y es que no era para menos, porque podría considerarse que tal cosa es impensada y puede convertirse hasta una herejía si nos situamos en el templo sagrado del dogma moderno del Estado y el derecho. Desde esta óptica, todos somos iguales e idénticos, y el Estado es nuestro máximo padre al que le debemos obediencia porque siempre quiere lo mejor para nosotros. No se puede entonces, criticar o, al menos, cuestionar a esa suprema autoridad sin consecuencia alguna, a menos que lo que se diga sea para maximizar su idolatría y narcisismo. El culto a lo sagrado se debe respetar, se suele decir mucho. Pues el pluralismo jurídico se desacralizó, ha sido un poco desobediente y empezó a decir a boca suelta que, el derecho, en la realidad tiene mucho que ver con diversidad cultural y procesos de autonomía, donde lo más importante es hacer diálogos basados en la tolerancia y la horizontalidad.

En pocas palabras, siendo muy respetuoso y solo sacando la cabeza por la ventana de la casa, el pluralismo jurídico le planteó al Estado y al derecho moderno que pensar la vida solo desde su cerebro le produce miopía. Le comenzó a indagar sobre su soberanía absoluta y unidad perfecta, diciéndole en el fondo que quizá es un poco etnocéntrico porque hace de todo el mundo, como si se tratara de lo universal, algo que solo deviene de su cráneo. Así es: le sugirió que de pronto no le quedaba tan bien vestirse con el estilo kantiano, muy de moda en estos tiempos. Y lo obligó a desnudarse. Y como buen sujeto que nunca se había desnudado y se había visto al espejo, se asustó de sí mismo, pero la culpa no era de él, sino de su irreverente y, ahora, desheredado hijo.

El pluralismo jurídico entonces tiene algo de eso: de irreverencia, lengua larga, consciencia, valentía e ilegitimidad a los ojos del Estado y el derecho. Pero no de todos los Estados y derechos, sino justamente de uno: el que vivía en la mejor casa del vecindario, todas las noches le oraba a su Dios extrañamente llamado *Ley* o *Constitución* y solo salía de casa cuando buscaba aconsejar a sus vecinos para que le imitaran,

por las buenas o por las malas. Estamos hablando del Estado y derecho modernos nacidos, crecidos y desarrollados en lo que se conoce como la Europa occidental. De ahí que quizá en esta casa no sea muy común hablar de pluralismo jurídico y la sospecha del padre de que su hijo puede ser de otro padre y, por eso su irreverencia, adquiere relevancia. No existe o existe una comprensión muy reducida en Europa sobre lo que esto significa, a quienes se les dificulta mucho poder ver más allá de las bases epistemológicas y éticas sobre las cuáles ha edificado sus concepciones sobre el derecho, la justicia y el Estado, obnubilando su visión a códigos jerárquicos, elitistas y lineales de lo que significa la vida y la historia de los pueblos.

En ese sentido, lo que se conoce como *pluralismo jurídico* puede concebirse como una categoría conceptual nacida, desprendida de la ciencia occidental moderna, pero que no reza con su padre todos los días, sino que se asoma a la ventana para nutrirse de otras disciplinas como la sociología o la antropología para tratar de leer la realidad, que le otorgan un estatuto propio delimitado por ser, a su vez, metodología y epistemología, con una riqueza considerable en sus debates. Por eso, en el pluralismo jurídico se anida una crítica sustantiva a la teoría monista del derecho, cuyas raíces se pueden rastrear en Locke, para quien la ficción del Estado encarna el ser supremo y sabio para descifrar los contenidos de la ley natural, por lo que solo a él le corresponde la facultad de crear normas y producir leyes que tendrán una aplicación general y abstracta. Asimismo, se entiende como crítica al positivismo jurídico, desde donde el derecho y el Estado tienden a confundirse, puesto que este último será una manifestación racional del primero, en tanto fundamento de validez y estructura del mismo. De ahí que solo sea derecho lo que emane soberana y formalmente del Estado (Hernández, 2014).

De esta manera, como corriente de análisis crítico del fenómeno normativo, se ha entendido que refiere a una realidad jurídica ineludible, así como un paradigma del derecho a consolidar. Es decir, como análisis descriptivo de hechos socio-jurídicos concretos y como concepción y conceptualización del significado del derecho, que, en definitiva, se resuelve como la comprensión de que, en un mismo espacio y tiempo determinados, coexisten diversos órdenes normativos y formas de administrar justicia, muchas veces contrapuestos (Wolkmer, 2018).

Diríamos que el primero es una especie de constatación de la realidad que se asoma cuando se saca la cabeza por la ventana, mientras que, el segundo, es eso, pero también creatividad y cuestionamiento de esa realidad observada.

Así las cosas, podríamos sintetizar diciendo que, el pluralismo jurídico se entiende como una apertura teórica y metodología de análisis del fenómeno del derecho, surgida de la tensión entre derecho estatal y derecho al margen del Estado originado por la organización de la comunidad, tanto desde abajo como desde arriba, que, por eso, significa un momento de crítica al monismo jurídico muy propio del positivismo jurídico (Machado, Goularte y Gava, 2020; Wolkmer, 2018). No obstante, como se afirmaba, no se trata de un concepto uniformemente aceptado cuya comprensión no suscite debates. Por el contrario, hay diferentes formas de analizar dicho fenómeno y, por lo tanto, de conceptualizarlo.

En ese orden de ideas, podríamos identificarlo como clásico, al analizar las relaciones y choques entre el derecho europeo y el originario o autóctono producto del proceso colonizador, o como nuevo, al analizar dicha coexistencia normativa en las sociedades industriales y postindustriales (Hernández, 2014), que encierran una posible clasificación en dos grandes grupos de perspectivas: 1. Los que lo observan sociológicamente como simple constatación de hechos sociales, agotando su discusión en el simple reconocimiento o no en la formalidad del Estado; 2. Quienes conciben que no solo es eso, sino también un espacio metodológicamente inmerso en la crítica jurídica, pues pone de presente las opresiones y exclusiones del orden dominante donde el Estado es muchas veces cómplice, proponiendo la superación de esas negatividades desde praxis concretas.

Dentro del primer grupo, se incluyen los trabajos de Boaventura de Sousa Santos (como se citó en Machado, Goularte y Gava, 2020), quien considera que el pluralismo jurídico es una crítica a las estructuras de opresión con que operan los aparatos de justicia tradicional al legalizar la injusticia, en un marco donde el derecho se muestra a sí mismo como agotado y los operadores jurídicos se atisban alejados de la realidad social donde administran justicia: que hayan otras jurisdicciones por fuera del Estado no es más que el resultado de un orden que es obediente a los ritos y perspectivas de lo dominante, siendo eso observable en diferentes espacios sociales y de relacionamiento humano. En ese

mismo sentido, autores como Joaquín de Arruda Falcao (como se citó en Machado, Goularte y Gava, 2020) lo analizan a partir de la desconexión del derecho oficial con la realidad, viendo la insurgencia de un derecho basado en las circunstancias y hechos de la realidad concreta; desde esta posición se observa una contradicción entre una justicia legal y una justicia social, evidenciando las limitaciones, yerros y posición de los aparatos estatales con respecto de la segunda.

Igualmente, aquí se podría ubicar al llamado *pluralismo jurídico transnacional de la globalización neoliberal*, trabajado por Aleida Hernández (2014) y discutido en parte por Alejandro Medici (2016). Dicho pluralismo, se caracteriza por tener centros de producción jurídica transnacional y cuya manifestación concreta, entre las muchas existentes, es la nueva *Lex Mercatoria*. En dicho contexto, se trata de una tipología de *nuevo pluralismo jurídico de carácter conservador*, ubicado en el perfil de la sociedad global, identificándolo como transnacional, pues el ámbito de producción jurídica plural supera los límites territoriales del Estado-Nación como algo constitutivo a su propia caracterización. Se tiene entonces un pluralismo jurídico multidimensional, descentralizado y con una muy difusa territorialidad, pues funciona más bien en niveles multiescalares. Pero dicha *transnacionalidad* no se identifica solo con el ámbito global *in genere*, sino con la manera y los ámbitos en los que opera la economía global neoliberal y los actores económicos que ahí se desempeñan para realizar sus transacciones, los diseños y mediaciones institucionales-políticas que generan y los convenios, acuerdos o tratados de carácter internacional que levitan en medio de ese juego. Así, el pluralismo jurídico transnacional, es un concepto que discurre sobre el oportunismo del poder económico burgués para hacer interactuar normas, valores, procedimientos y prácticas jurídicas e institucionales conforme a su lógica y ética en un espacio de operabilidad multiescalar, cuya manifestación más relevante y perversa se observa en las estructuras jurídicas del despojo (Hernández, 2018; 2019).

En un espacio intermedio de ambas posturas, está Oscar Correas para quien el pluralismo jurídico se refiere a la “coexistencia, en un mismo territorio, de dos o más sistemas jurídicos; o sea, de normas que se organizan alrededor de distintas reglas de reconocimiento” (como se citó en Machado, Goularte y Gava, 2020, p. 24), aunque reconoce

la existencia de sistemas jurídicos subversivos, es decir, de sistemas alternativos organizados de tal manera que su eficacia se mide por la supresión del sistema jurídico actual dominante: no solo contraponen, coexisten o compiten con el sistema jurídico estatal, sino que buscan transformarlo desde abajo (Machado, Goularte y Gava, 2020).

Por su parte, estando un poco más cercano con el segundo grupo de entendimiento, se encuentra Luiz Fernando Coelho (como se citó en Machado, Goularte y Gava, 2020), para quien el pluralismo jurídico encierra procesos de liberación, expandiéndolo a la superación de las estructuras históricas opresoras a partir de la ruptura de los lazos de dominación de los sujetos marginalizados por ellas. De lo que se trata, a partir del pluralismo jurídico, es de superar la desconexión entre derecho oficial y realidad en un marco conflictivo de organización popular que actúa en contra de eso oficial porque la realidad concreta demanda otras condiciones para vivir.

En la misma línea, Jesús Antonio De la Torre (2005), concibe al derecho como arma de liberación, entendiendo que es posible alcanzar justicia por medio del uso de la arquitectura jurídica estatal con la simple inversión de ella a favor de los sectores oprimidos. Así, el pluralismo jurídico dialoga con esas estructuras, pero es preeminentemente un *derecho que nace del pueblo*, a partir de la creatividad situada de las comunidades, en orden de satisfacer sus necesidades básicas para la vida y como forma de ejercicio real y eficaz de derechos humanos, sojuzgando la impracticabilidad de la justicia e ineficacia de las normas positivas del Estado dentro de un orden económico injusto.

Esto último, siendo una postura compartida por José Geraldo de Sousa Jr. (como se citó en Machado, Goularte y Gava, 2020), con su concepto de *derecho hallado en la calle*, donde los sujetos que movilizan el derecho lo hacen por medio de la materialidad política que conforman sus organizaciones colectivas, que no se limita a la simple inclusión de derechos en los amplísimos catálogos formados por el Estado: el protagonismo fundacional del derecho lo tiene la materialidad que es constitutiva y un proceso de lucha por la justicia inmediata y compensaciones históricas. El pluralismo jurídico se mide entonces socio histórica y contextualmente en el marco de una fuerte politicidad popular.

Por su parte, dentro de las posiciones teóricas más completas sobre el tema, se destaca la propuesta de *pluralismo jurídico comunitario participativo (emancipador)* de Antonio Carlos Wolkmer (2018), quien refiere que son una multiplicidad de prácticas jurídicas existentes en un mismo espacio socio político conflictivo, que puede ser oficial o no y urde su fundamento en las necesidades existenciales, materiales y culturales de la comunidad allí asentada, ante una evidente ausencia de Estado de bienestar. El pluralismo jurídico se presenta como legitimación de nuevos sujetos sociales organizados, cuya reivindicación política corresponde con la satisfacción de necesidades fundamentales en un espacio de toma de decisiones democrático, descentralizado y participativo, a partir de una ética de la alteridad solidaria o de consolidación de la dignidad del otro que, por lo mismo, se sumerge en una racionalidad emancipatoria y reproductora de la vida³.

Finalmente, se puede destacar la que es quizá la propuesta con mayor elaboración crítica: la del *Pluralismo jurídico liberador* de Lucas Machado (2015). Para este autor es necesario analizar las plurijuridicidades insurgentes desde una perspectiva de praxis socio-históricas de liberación con una metodología analéctica de reflexión: se debe redimensionar desde la realidad concreta de los pueblos en sus luchas, no solo por la afirmación y reconocimiento de nuevos derechos, sino sobre la necesidad de transformar el sistema de derecho vigente, permeado por la colonialidad opresora. De ahí que el punto de partida es ver la negatividad de los sujetos ausentes de la totalidad moderna colonial, en tanto, negación de las posibilidades de producción y reproducción de su vida. Ello, solo para visibilizar otras juridicidades más allá del sistema estatal vigente como totalidad que se ubican en la exterioridad a ese espacio cerrado y excluyente, desde donde emerge la consciencia de negar esa negatividad.

Este *Pluralismo jurídico liberador* se caracteriza fundamentalmente por contener 3 elementos: 1. Una intersubjetividad crítica; 2. Una interculturalidad crítica; y, 3. Un pensamiento crítico decolonial. Como intersubjetividad crítica, entiende que la insurgencia de otros sujetos

3. Importante destacar de este autor que presenta una clasificación enunciativa del pluralismo jurídico. A saber: 1. Del Estado: asimilacionista, inclusivistas, de simple tolerancia. 2. Comunitario: de base y origen en las fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propia. 3. Conservador: liberal individualista y neoliberal. 4. Emancipador: con prácticas de crítica, inconformismo y transformación (Wolkmer, 2018).

afirma otras tipologías jurídicas negando la negatividad del sistema jurídico dominante que, al ser legalidad absoluta, es injusticia absoluta. Comprende que el sujeto no es capital humano productivo, aislado y alienado, sino que tiene una condición de sujeto vivo como fundamento de su capacidad de rebeldía política para permitir que sus capacidades físicas vivas no sean explotadas, es decir, recupera al ser humano como auténtico sujeto en relación viva con otros seres humanos, donde el punto de anclaje se da en que la condición de la propia vida es que el otro viva. Es un ejercicio de conciencia crítica que se transforma en una lucha práxica por la transformación y la vida, donde se consolidan, como mediación, otras juridicidades plurales. Así las cosas, el pluralismo jurídico es una praxis viva, relacional y concreta de liberación.

Como interculturalidad crítica, se habla de que ese ejercicio de alteridad radical se da en un contexto cultural de subyugación y procesos de hegemonización. Más allá del simple reconocimiento, tolerancia y relativismo cultural del multiculturalismo o de la ociosa constatación histórica de la pluriculturalidad que afirma convivencia cultural conjunta, se fundamenta en una crítica basada en las interacciones asimétricas y desiguales entre las personas y grupos sociales y sus entornos, como punto de arranque de la superación de esas disparidades históricas. Es decir, como herramienta y proyecto que se construye desde la gente y demanda de lo subalterno. No se configura como un pluralismo jurídico subordinado, sino como espacio que confronta el monismo jurídico reduccionista, la oposición jerárquica entre positivismo y formas normativas propias, y la creencia de que el pluralismo jurídico es progresista.

Finalmente, como pensamiento crítico decolonial, en la medida en que se sitúa al pluralismo jurídico considerando la herencia de los procesos violentos, las jerarquías raciales, sexo genéricas, étnicas, de clase y de poder, así como los determinismos extranjeros en la producción de ideas producidos por el proceso colonizador en América Latina y los países periféricos a la Europa Occidental. Parte de la *diferencia colonial* para observar críticamente que muchas veces el pluralismo jurídico puede ser socio de la institucionalidad colonial o su análisis puede hacerse desde un lente colonial, por lo que se plantea escapado de esas comprensiones.

Así las cosas, el pluralismo jurídico es más complejo de lo que comúnmente se piensa y deja por sentado. Su múltiple conceptualización rebasa rápidamente aquellas aseveraciones de mera coexistencia de órdenes normativos, de las que bebe el discurso de que antes de la modernidad había pluralismo jurídico, lo que, a nuestro juicio, confunde pluralidad jurídica con pluralismo jurídico, así como la creencia de que, por criticar componentes estructurales del Estado y derecho modernos, no puede contribuir con el fortalecimiento de sus pretensiones éticas y bases etnocéntricas, excluyentes, mentirosas y racistas. Poner en duda el monismo y positivismo jurídico no encierra necesariamente crítica a todo el estado de cosas promovido por la modernidad-colonial-capitalista eurocentrada. Por eso y por la realidad neoliberal actual, tendiente a reconocer lo diverso, pero con el socavamiento de lo diferente (postmodernidad), es necesario ubicarnos situadamente en una perspectiva que permita entender este principio dentro de un entramado de formas de autorregulación social y formas de administrar justicia más allá del Estado, pero también del simple asomo por la ventana y mensaje contestón al Estado. Pero antes, veamos qué se ha dicho jurídicamente en Colombia y Bolivia sobre este principio, a manera de ilustración comparativa que facilita el ejercicio pedagógico crítico pretendido.

2. EL ESTADO ACTUAL: DEL PRINCIPIO DE PLURALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA Y BOLIVIA

2.1 Colombia

La historia constitucional de Colombia se podría sintetizar como lo plantea Valencia (1987) en una estrategia y herramienta de los intereses de las clases dominantes, las élites y los gobiernos de turno para reacomodarse en las crisis y ponerse al frente de la batalla, de la mano de los textos constitucionales. Y la Constitución de 1991, pese a la infamia que podría suponer en las cabezas de sus más fervientes promotores y seguidores, no ha demostrado ser la excepción. Si bien muchas cosas se modificaron con respecto a la Constitución anterior y en su origen tuvo papel importante el movimiento de la séptima papeleta y otras organizaciones sociales y políticas interesadas en la democracia y la paz (Lemaitre, 2009). Lo cierto es que, finalmente, el proceso constitucional refleja el triunfo del liberalismo y el capitalismo, directa

o indirectamente. Se trata de una constitución a la que generalmente se le atribuyen muchas virtudes y es cierto que ha tenido muy buenas intenciones y ha servido, algunas veces, de freno para las mentalidades obtusas y absolutistas de nuestros gobernantes, pero de buenas intenciones también se hace el infierno.

Y lo peor de todo, es que ahora ha significado ser una aliada muy legitimada del neoliberalismo que ha convencido a muchos incautos, socavando por inercia sus aspiraciones de paz, justicia, igualdad y democracia, tan anheladas por el pueblo sufriente que, por ese simple hecho, también padece de la constitución. Se sospecha mucho que sea una simple coincidencia que, finalizando los años 80, el neoliberalismo se haya abierto al mundo con el conocido Consenso de Washington, poniendo especial interés geopolítico en América Latina después de la crisis de endeudamiento generada en estos países (Martínez y Reyes, 2012), y, al tiempo, haya surgido de la genuina voluntad de nuestros gobernantes hacer una nueva Constitución, escuchando el clamor popular y el llamado de la historia, cuando en realidad eso nunca les ha importado a los poderosos de nuestro país.

Digamos las cosas claras: la formación de nuestros gobernantes, sus asesores y los juristas más destacados, hasta ahora, ha sido preeminentemente euroamericana-occidental y se ha sometido a sus códigos lingüísticos, narrativas, metodologías y formas de análisis de la realidad. Y no es un dato menor, pues eso ha supuesto que se estructure, consciente o inconscientemente, una cultura jurídica con un fuerte componente elitista, etnocéntrico, monista, estadocéntrico, supremacista, racista, patriarcal y excluyente. Se ha vivido como se ha pensado, sin cuestionar eso que se ha enseñado a pensar. La consecuencia inmediata es que se haya generado, de entrada, un alejamiento con la realidad y un fuerte choque con la altísima diversidad socio cultural que existe en nuestro país, la cual, pese a todo, sigue existiendo en la práctica. Desde las instituciones formales, los círculos de más notables expertos y quienes toman las decisiones del conjunto nunca se ha asumido el riesgo de pensar por mente propia, por miedo, interés, imposibilidad, conveniencia o simple pereza.

Nuestros partidos políticos y de gobierno dominantes recusan la libertad de la que tanto hablan, siendo fanáticos del sometimiento y el ocio, creyendo que son la mejor y más elaborada creación del uni-

verso, sin aceptar, como buen dogmático lo haría, que sus cerebros y sus almas se encuentran desconectadas, encarceladas y vasallas a los intereses económicos del capital nacional e internacional, que solo les presta atención si le son útiles, o si no son desechados como simple basura radioactiva. Es como si ya no pudieran más con el sufrimiento que les causa su complejo de inferioridad, que la única manera de sobrellevarlo es aplastando a todo lo que se les cruza para no seguir sintiéndose menos. Sin darse cuenta, aunque se creen vencedores y las Constituciones se lo demuestran, que perdieron la batalla, al menos la que cada ser humano libra consigo mismo a diario. Y en ese juego, se han dedicado a poner límites a otras formas de pensar el Estado, el derecho y la administración de justicia mucho más reales y efectivas, pues resultan como algo impensable para su limitado horizonte y ubicación interesada en la realidad del mundo. Por lo tanto, han dedicado sus energías y puesto sus fuerzas vivas de trabajo, entre otras cosas, a la promoción de una subjetividad conflictiva, intolerante y de inferiorización, basada en el miedo y la estigmatización a lo diferente o que no huelga como ellos.

Y en el tema del pluralismo jurídico esto último tiene relativa importancia. De hecho, eso se hace evidente en que no se lo haya reconocido expresamente como un principio constitucional, más allá de la aceptación forzada en el artículo 1 de la Constitución Política de 1991 de que Colombia es pluralista (Const., 1991). De allí que este principio se coliga o, si se quiere, desarrolle en el marco de otras normas constitucionales donde se reconoce la diversidad étnica y cultural (artículo 7), las diversas construcciones culturales, idiomas, dialectos, cosmovisiones y riquezas naturales (artículos 8 y 10); así como en el reconocimiento de algunas garantías para los pueblos ancestrales indígenas, como la propiedad colectiva de la tierra (arts. 63 y 329), la autonomía política y administrativa (arts. 329 y 330), la etnoeducación (art. 68), la participación política (art. 176), la consulta previa (art. 330), y la jurisdicción especial indígena para solucionar sus problemas de acuerdo con sus usos y costumbres (art. 246) (Const., 1991); o las normas internacionales ingresadas al ordenamiento jurídico vía bloque de constitucionalidad, como el Convenio 169 de la OIT de 1989 (ratificado mediante Ley 21 de 1991), la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales de 2009 y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en 2016.

Como se observa de la simple lectura de la Constitución, el principio del pluralismo jurídico es bastante limitado, reduciéndolo en gran medida a la realidad de los grupos indígenas y eso nos permite entrever y explicar también las interpretaciones en torno al mismo. Aquí, la gran triunfante, es la crítica al monoculturalismo de la ingenua y cómplice concepción multicultural de la realidad, el Estado y el derecho⁴. Y así se ha aceptado y defendido públicamente por muchos juristas en el país. El discurso se repite, como a veces se hace con los derechos humanos: piden mucho y esos que piden no hacen nada o casi nada; están mal acostumbrados a solo pedir; agradezcan que esto es lo que hay. Y ahí tal vez se encuentra uno de los limitantes más grandes en torno a este principio en Colombia, presente en la realidad misma, cuya solución podría ser voltear a verla y escucharla un poco más.

Es suficiente mirar rápidamente algunas de las cosas que se han dicho jurisprudencialmente sobre estos temas. De que ha existido reconocimiento de la diversidad y las múltiples formas de darse las mediaciones normativas para convivir entre los diferentes grupos humanos, ha existido. La dificultad es que el discurso mayoritario se queda ahí: en el reconocimiento con todas sus letras. Se ha dicho, por ejemplo, que el Estado reconoce, defiende y promueve contextualmente la autonomía, el libre desarrollo y la autodeterminación de los pueblos indígenas⁵, sus valores culturales y sociales (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-428, 1992), su territorio ancestral, la participación en sus planes de vida y organización propia, su titularidad inexpugnable como sujetos individuales y colectivos de derechos (haciendo énfasis en su derecho a la diferencia), la obligación del Estado de proteger la integridad étnica y cultural, el reconocimiento de opresiones históricas, etcétera (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-510, 1998; Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-380, 1993; Corte Constitucional de Colombia, Sala Ple-

4. Fíjense en lo que se dice en la Sentencia T-380 de 1993: "la diversidad cultural obedece a (...) la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-380, 1993).

5. A juicio de la Corte Constitucional de Colombia, el marco constitucional reconoce claramente la diversidad étnica y cultural del país, donde se da coexistencia entre diferentes formas de ver, entender y enfrentarse al mundo. Por eso afirma que dicha diversidad implica la protección y garantías de las instituciones que posibiliten su autonomía, sin imposiciones paternalistas, donde se afianza el principio de autodeterminación (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-510, 1998).

na, SU-383, 2003; Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión, T-236, 2012).

Las ambivalencias se evidencian en las dificultades para conciliar lo que en la práctica existe como *pluralismo jurídico* para estos pueblos, con la Constitución que es occidental. Y la solución de la Corte Constitucional, aunque loable, fue hacerlo con otro discurso occidental: el de la dignidad humana. Exactamente, ese mismo concepto que cree que las producciones y mediaciones normativas para la convivencia no son consensuales en sentido comunitario y solo son para los humanos. De entrada, entonces, ya tenemos contradicciones hasta en los términos. Ahora bien, en uno de los puntos más álgidos, con mayor impacto y materialización del pluralismo jurídico, las cosas no son tan distintas. Estamos hablando del reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena. Y aquí, una vez más, esa romántica poética constitucional parece ser la regla.

De esta, se ha dicho, entre otras cosas, que se trata de un derecho fundamental y colectivo de las comunidades indígenas de carácter autonómico, referido a las formas propias para solucionar conflictos y sancionar delitos que tienen estas, respecto de situaciones que se presenten en sus territorios o por algún miembro de su comunidad, donde la regla es que se tramiten con sus normas, procedimiento y autoridades, y la decisión tiene *el mismo valor* de una sentencia ordinaria (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-001, 2012)⁶. Una vez más, el pluralismo jurídico en jaque: se asimilan hasta en las palabras lo que las comunidades hacen o dejan de hacer. Lastimosamente, la Corte sigue viendo desde arriba y externamente esta realidad y si lo juzga, lo hace ya con un criterio y regla definida: la de sus

6. Lo anterior se encierra en lo que la Corte Constitucional de Colombia ha dicho, que es la cláusula general de competencia de la jurisdicción indígena: “es competente para conocer las controversias que se presenten en la aplicación del derecho propio (criterio objetivo), en su territorio (criterio geográfico), que comprometan a un miembro de su comunidad (criterio personal), mediante la aplicación de sus costumbres, normas y procedimientos (criterio institucional u orgánico)” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-001, 2012).

Dicha cláusula, para esta Corporación significa o se manifiesta en dos situaciones: 1. La existencia de un *fuero indígena* cuya titularidad la tienen, individualmente, las personas miembro de las comunidades indígenas y, colectivamente, las mismas comunidades al aplicar sus normas propias con sus autoridades (Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión, T-728, 2002). Y, 2. La prevalencia de la hermenéutica del derecho indígena en conflictos de jurisdicción (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-463, 2014), en virtud de los principios de maximización de la autonomía y minimización de las restricciones de las comunidades, donde se debe privilegiar un diálogo intercultural (Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión, T-349, 1996).

códigos inoculados por su formación occidental. El centro no está en la coexistencia horizontal de lo diverso, sino en la jerarquía que natural e históricamente tiene el derecho y Estado moderno, donde lo demás puede estar, pero bajo sus medidas.

De ahí que resulte muy consecuente encerrar a la jurisdicción especial indígena en el marco de 4 pilares: 1. La posibilidad de elegir sus autoridades judiciales propias; 2. La posibilidad de crear o conservar normas y procedimientos propios; 3. La obligatoriedad de sus decisiones a sujetarse a la Constitución y la Ley; 4. La competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación entre las jurisdicciones⁷ (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-139, 1996; Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-921, 2013). De manera textual, para esta Corporación de justicia, los principios de diversidad étnica y cultural y del pluralismo *solo*, léase bien, *solo* pueden ser efectivos si se *afirma* que las comunidades *diferentes* al resto de población *normal* tienen libertad y autonomía para solucionar sus conflictos, siempre que tengan límites en todo lo demás que garantiza el sistema jurídico y tiene como fundamental, donde, si se violenta, procede incoar las acciones ordinarias o constitucionales adecuadas (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-139, 1996; Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-365, 2018)⁸.

-
7. Sobre este punto, es importante señalar que existe una omisión legislativa hasta el momento, pues tal ley no se ha promulgado. En ese sentido, la Corte Constitucional ante su ausencia ha dicho que los conflictos jurisdiccionales deben solucionarse bajo los siguientes parámetros: “i) análisis y decisión, caso por caso, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada conflicto; ii) el grado de autonomía de las comunidades es directamente proporcional al grado de conservación de sus usos y costumbres; iii) los derechos fundamentales son el mínimo común denominador de la convivencia entre particulares; iv) las *normas imperativas priman sobre los usos y costumbres*, y v) los usos y costumbres prevalecen sobre las normas dispositivas” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-001, 2012). (Subrayado fuera del texto original).
8. No obstante, sobre este punto, huelga resaltar que la Corte ha tratado de morigerar un poco esta posición absoluta, reconociendo que no todas las normas constitucionales y legales son limitantes para el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, porque eso significaría dejar en mera retórica los principios de diversidad y pluralismo (Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión, T-349, 1996). Así, a manera de ejemplo, se ha sostenido que operan como límites concretos a la justicia indígena: los derechos a la vida, la prohibición de esclavitud, la prohibición de tortura, la garantía del debido proceso y del derecho de defensa, la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas, la proscripción del destierro, la prisión perpetua, la confiscación y la responsabilidad objetiva, la interdicción de la arbitrariedad, la posibilidad de que sus decisiones sean revisadas por juez de tutela, la imposibilidad de tramitar en su jurisdicción acciones de tutela, habeas corpus, juicios de constitucionalidad, o delitos de rebelión, narcotráfico, contrabando, lavado de activos, porte ilegal de armas, corrupción al sufragante y delitos de lesa humanidad (Roa, 2014).

A juicio de la Corte Constitucional, la jurisdicción indígena sí que tiene límites; es decir, tiene *los límites*. Y ellos tendrán que someterse a su sabiduría; cuando de ver los límites de la jurisdicción indígena se trate, se debe: 1. Ver que se busca proteger un interés superior, por encima, de la diversidad étnica y cultural; 2. Es la medida menos perjudicial para la autonomía de la comunidad; 3. Son límites porque, en realidad, sin ser exagerados, no son tolerables porque atentan contra lo máspreciado que tiene el ser humano (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-139, 1996). Lo lógico entonces sería pensar qué es eso máspreciado que tiene el ser humano y no resulta tolerable, pero el análisis se queda ahí. Y no es de extrañar, porque quizá ya se tolera demasiado reconociendo que existen otras personas, culturas, cosmovisiones y formas de vida.

En consecuencia, lo que se observa es la existencia de un pluralismo jurídico, pero bastante subordinado. Se afirma una coexistencia de formas de producir y aplicar el derecho, claro, pero estructurada vertical y jerárquicamente, como la Torre de Babel. No se privilegia el diálogo en serio como forma de lograr soluciones reales y efectivas a toda la complejidad que este tema encierra; y cuando se le da un lugar relevante, pasa idénticamente lo mismo: se lo hace con la decisión ya tomada, sin tener en cuenta la materialidad concreta e histórica de la realidad como principio.

No es tan cierto entonces eso que se suele repetir en muchos círculos jurídicos de que, en Colombia, se ha dado un valor muy positivo al derecho propio y las formas autonómicas que descansan en la realidad de los pueblos, siendo un ejemplo para los que pelean por eso tan raro llamado como pluralismo jurídico, donde lo que se necesita para solucionar los problemas es una ley de coordinación entre las jurisdicciones⁹. Por el contrario, han sido los mismos pueblos los que se han encargado de desnudar esa mentira institucionalizada y diseminada en el país. Y lo han hecho con altura y sin mucho esfuerzo: ellos lo viven, no lo piensan ni articulan como un discurso bien hecho y organizado. Se analizará un poco como se han dado esas dinámicas en un país

9. Esta postura, entre otras personas, es la asumida por Roa (2014). Empero, vistas las cosas como se han presentado, muy ingenua resulta ser esa mirada que todavía le siguen rindiendo culto a la ley y a la misma constitución, como las redentoras y únicas salvadoras del pecado original de ser y existir de manera diferente. Tal vez las verdaderas soluciones están en otro lado y lo que necesitamos es reflexionar más con nosotros mismos, deconstruirnos un poco y levantar la mirada un poco.

como Bolivia, que resulta un buen ejemplo comparativo con lo que se tiene hasta ahora en Colombia.

2.2 Bolivia

En el hermano país boliviano, las cosas en torno al principio de pluralismo jurídico, son sustancialmente diferentes a la realidad socio jurídica colombiana, destacando que no lo es en términos de mentalidades jurídicas y políticas aún coloniales en algunos sectores de su sociedad. Y es así comenzando por el contexto constitucional, la movilización pre constituyente y el resultado vertido en el texto constitucional en 2009, en el que se crea un Estado Plurinacional Comunitario, como algo sin parangón alguno en el continente. En cuanto al contexto constitucional podríamos destacar dos cosas: una más socio-política en cuanto a la realidad de este país, que tiene como población reconocida indígena a más del 60% de su población total, enarbolando una diversidad cultural muy alta, aunque con un denominador común: la sistemática exclusión y empobrecimiento de casi todos ellos en muchos ámbitos de vida; y otra, más socio-económica, en la medida en que la realidad del país se inscribe ya no en la instauración del neoliberalismo en América Latina (como en Colombia), sino que coincide con otra de las crisis del capitalismo surgida en el segundo lustro del siglo XXI.

Y eso marca una diferencia muy grande porque se trata de una realidad económica altamente crítica en este país, como causa del constante despojo, sometimiento y empobrecimiento inherente a las lógicas del capitalismo-neoliberalismo, que, de la mano de una notable capacidad creativa y conciencia política, produjo movimientos sociales y políticos altamente organizados y con mucha experiencia en la lucha por sus derechos. Contrario a lo sucedido en Colombia, el proceso social que desembocó en el proceso constituyente en 2007 tenía como protagonista a un movimiento popular de izquierda fuerte, articulado y capaz de hacer tambalear a los gobiernos de turno¹⁰. Ejemplo de todo eso, son las conocidas luchas por el agua y por el gas, a las cuales se les atribuye la causa fundamental de la Asamblea Constituyente (Machado, Goularte y Gava, 2020). Así, en la realidad política y socio-jurídica de este país

10. Un parangón interesante sobre la caracterización del constitucionalismo boliviano de 2009 con otro proceso muy afamado en América Latina como lo es el ecuatoriano de 2008, puede verse: Medici, A. (2010a). El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, (3), 3-23.

que subyace en su proceso constituyente, confluyen una histórica y sistemática exclusión del acceso a bienes básicos para la vida de la mayor parte de su población, al frente de una realidad económica con niveles de pobreza y desigualdad muy grandes, las consecuencias de despojo y aniquilación de la vida promovidas por el neoliberalismo, una mentalidad racista, elitista y mezquina de las élites, y, un movimiento popular indígena, campesino y obrero muy bien logrado y con un alto nivel de formación política.

Se tiene entonces un proceso constituyente que busca, por todos lados, con avances y retrocesos¹¹, no someterse a las articulaciones materiales y espirituales del neoliberalismo, junto con un pueblo organizado, consciente y ya cansado, en pugna directa con el establecimiento, que busca superar, a través del constitucionalismo, formas históricas de dominación. Reivindica, desde su realidad concreta, la forma en cómo ellos siempre han entendido y vivido la realidad en su complejidad. De ahí que eso se hiciera textual en los debates constituyentes y la propia Constitución de 2009.

En esas disputas, el tema del pluralismo emerge como un paradigma de interpretación del nuevo Estado en los ámbitos económico, político, jurídico y social, no solo como un principio entre los tantos existentes como ocurrió en Colombia. Era absolutamente relevante, y lo jurídico adquiriera un lugar privilegiado, pues todo el proceso constituyente se articulaba en cuestionamientos de cómo los pueblos históricos de Bolivia iban a poder aplicar sus reglas y concepciones del derecho y la justicia, así como en la relación de ello con las formas tradicionales y estatales; sobre cuál era el lugar que unas y otras iban a ocupar. Se enfrentan entonces dos formas de ver el mundo y comprender las relaciones humanas, cuya intención primigenia buscaba, en gran parte, constitucionalizar la realidad, en un contexto bastante

11. Con esto se quiere, por un lado, no romantizar falsa y perniciosamente lo ocurrido en Bolivia a raíz de su más nueva constitución, que suele terminar en triunfalismos engañosos y poco críticos; y, por otro lado, poner de presente las dificultades por las que ha atravesado y aún atraviesa la consolidación de la idea fundamental que se encontraba en las amplias bases populares que le apostaron a este proceso constituyente, donde se puede entrever una crítica sustantiva a la civilización occidental y la modernidad con todos sus ingredientes: machismo-patriarcado, racismo, capitalismo, eurocentrismo, dualismos metafísicos excluyentes, etcétera. En ese sentido, bastante interesante son los aportes para comprender la historia ancestral boliviana y las críticas que hace Silvia Rivera Cusicanqui (2010; 2015), poniendo especial énfasis en el machismo y patriarcado aún existente inclusive en quienes trabajan la perspectiva decolonial y en las mentes de los grandes líderes abanderados del proceso de transformación y refundación del Estado boliviano.

espinoso y claramente conflictivo desde sus inicios. En este campo, la sociedad boliviana explicitaba preguntas sobre si ¿Es posible, a través de un uso contrahegemónico del derecho, superar el estado de cosas promovido por el Estado y derecho modernos? ¿Cómo hacerlo?

Se tiene entonces un proceso constituyente que, como diría Clavero (2017), trata de romper con el constitucionalismo liberal clásico y contemporáneo caracterizado por formular los derechos en términos universalistas, pero bajo las atribuciones del sujeto colonizador, esto es, del padre de familia blanco, propietario, autónomo o patrón, de la cultura europea, que siempre dejó de lado al esclavo, emancipado, trabajador dependiente, inmigrante endeudado, la mujer y el indígena. Lo ocurrido en Bolivia entre 2007 y 2009, es una crítica frontal a eso nombrado por Boaventura de Sousa (2010) como localismo globalizado nacido en la Europa occidental moderna, donde se ve necesario abrir los rumbos hacia un cosmopolitismo insurgente con un norte emancipatorio, como requisito para hacer un diálogo transcultural de la dignidad humana, desde una concepción *mestiza* de los derechos humanos¹².

De esa manera, en torno al pluralismo jurídico, se pueden rastrear interesantísimas discusiones tanto en los momentos pre-constituyentes como en los constituyentes en sí mismos. Dentro de los primeros, se destaca la postura asumida por la *Red de participación y justicia comunitaria*, así como de algunas autoridades indígenas, y organizaciones civiles y sindicales¹³, quienes bregaban por una autonomía absoluta de las formas propias de los pueblos originarios de organizarse, interpretar, concebir y aplicar el derecho, y administrar justicia, en oposición a algunos sectores académicos, estatales y de institucionalidad no gubernamental más conservadores¹⁴, para quienes eso era inconcebible según sus códigos de análisis, pues si bien el reconocimiento y la coexistencia son necesarios, nada puede escapar al Estado y sus lógicas

12. Según Boaventura de Sousa (2010) “este es únicamente un punto de partida. En el caso de un diálogo transcultural, el intercambio no es solo entre diferentes saberes, sino también entre diferentes culturas, es decir, entre diferentes, y en un sentido enérgico, inconmensurables universos de significado” (p. 72).

13. Además de la Red de Participación y Justicia, en libro condensa la participación de otras organizaciones como: CONAMAQ, CSUTCB, FBMC “Bartolina Sisa y CIDOB”.

14. Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional, Consejo Judicial y el Vice-ministerio de justicia comunitaria.

naturales de funcionamiento desde una postura positivista (Machado, Goularte y Gava, 2020)¹⁵.

Ya dentro del proceso constituyente, la discusión siguió dada en los mismos términos, donde se observa una mayor inclinación hacia la segunda postura como algo definido por la formación y perfiles políticos de quienes tomaron las decisiones finales este asunto. En específico, la conceptualización y definición de aspectos fundamentales del pluralismo jurídico y la justicia comunitaria se decidió trabajar en la Comisión judicial 6, que se organizó por los Subcomités de Justicia Ordinaria, Justicia Comunitaria y Consejo Constitucional, Agrario y Judicial, conformado por 11 miembros en total. Entre tantas cosas discutidas, de la revisión de las actas de la Asamblea Constituyente, se destacan temas relacionados con justicia comunitaria, el concepto de territorio y territorialidad, el conflicto de competencias entre justicia ordinaria y justicia propia, el significado de los derechos humanos, los linchamientos, etcétera, coligiendo dos visiones: las de quienes defendían a ultranza los intereses de la élite nacional y los oligopolios mediáticos con sus mecanismos de presión, en oposición a quienes representaban el llamado y concepción popular; entre quienes bregaban por la conservación y quienes lo hacían por la transformación (Machado, Goularte y Gava, 2020).

De todo, salvo intervenciones excepcionales provenientes de un pequeño grupo de constituyentes del MAS¹⁶, la regla fue abordar estos temas desde una visión positivista, estadocéntrica, monista, unitarista, normativista, abstracta, meritocrática, técnico-formal y elitista de lo que significa producir, interpretar y aplicar el derecho, haciendo eco a los principios sobre los que se levantan el Estado y derecho modernos. El resultado fue que, más allá de una comprensión del pluralismo jurídico sobre una mirada socio histórico y contextual basado en las praxis vivas de los pueblos originarios de Bolivia¹⁷, se aprobara un texto abierto como resultado de un debate irreconciliable. No hubo consensos,

15. Huelga resaltar que los temas a discusión fueron: 1. Principios y derechos; 2. Denominación y sujetos de la justicia comunitaria; 3. Jurisdicción y competencia; 4. Límites; 5. Coordinación con la justicia ordinaria.

16. Se destacan, por ejemplo, las contundentes declaraciones hechas por la constituyente Jimena Maglene Leonardo Choque.

17. Basadas en un derecho y justicia orales, rápidos, horizontales, democráticos pedagógicos, colectivistas, históricos, reproductivos de la vida, solidarios, transparentes, entre otras cosas.

los defensores de este principio y la justicia comunitaria cedieron y se comenzó a perder en el aire del espacio constituyente el clamor popular de tener un texto constitucional como guía para la emancipación. Primó un concepto de pluralismo jurídico subordinado, donde la ética y subjetividad indígena quedó nuevamente sometida a los designios de la Constitución, sus operadores jurídicos especializados y el derecho Internacional de los derechos humanos (Machado, Goularte y Gava, 2020).

Veamos entonces la manera en cómo se consolidó lo anteriormente reseñado dentro del marco constitucional boliviano vigente. Basta leer el preámbulo de su Constitución de 2009 que sintetiza todo lo dicho hasta aquí:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y *comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas*. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; *con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra*; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con *la libre determinación de los pueblos* (Const., 2009). (Subrayado fuera del texto).

Ahora bien, el desarrollo de lo mencionado en dicho preámbulo se encuentra diseminado en toda la Constitución de 2009. Así, en su artículo 1 se reconoce la interculturalidad, autonomía, pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico como base fundacional del Estado, bajo el supuesto de que, como se plantea en el artículo 2, en Bolivia existía sociedad y civilización antes del proceso colonial que les da a las naciones y pueblos originarios campesinos dominio ancestral sobre sus territorios y derechos a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales. Lo curioso es que todo ello tiene dos límites puestos en el mismo artículo: la unidad del Estado, y que, el ejercicio de sus derechos se haga conforme a esta Constitución y la Ley (Const., 2009).

Entre otras cosas, además, se reconoce como parte de la dogmática y orgánica constitucional, el respeto de todas las creencias espirituales y religiones (art. 4), los derechos fundamentales a la educación intercultural descolonizadora comunitaria (arts. 17, 78, 80 y 91), salud intercultural (art. 18)¹⁸, autoidentificación cultural (21, núm. 1), seguridad social intercultural (art. 45); la consideración de los idiomas de todas las naciones como oficiales (art.5); el Wiphala como símbolo de la nación (art. 6); la obligación del Estado de asumir y promover como principios ético-morales de la sociedad plural el ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble) (art. 8); la construcción de una sociedad justa, armoniosa, descolonizada, sin discriminación y explotación como fin esencial del Estado (art. 9); el reconocimiento de formas comunitarias de democracia según normas y procedimientos propios, aunque vigiladas por el órgano electoral (arts. 11; 26, inc. II, núm. 3; 210 y 211); así como la determinación de que todo el acervo cultural histórico de los pueblos indígenas originarios campesinos¹⁹ es parte de su patrimonio intangible (art. 100); la asunción de la diversidad e interculturalidad como bases del Estado e ins-

18. Aunque, nótese el diálogo intercultural: "Artículo 35. II. El sistema de salud *es único e incluye* a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos" (Const., 2009).

19. Huelga resaltar que se usa este término, el cual finalmente fue acogido en la Constitución de 2009, porque en él se sintetiza un sólo actor histórico, que fue excluido por el Estado republicano (Luna, 2016).

trumentos de cohesión y convivencia (art. 98); derechos de titularidad de las Naciones y pueblos originarios campesinos (cap. 4), donde se destacan su reconocimiento como pueblos existentes antes de la invasión colonial; su derecho a existir; a la identidad; a sus prácticas, espiritualidad y cosmovisión propias; al autogobierno, la autonomía y la libre determinación (arts. 269, 270, 289, 290, 292, 296, 304); al territorio y la titularidad colectiva de tierras, con función comunitaria (arts. 394 y 403); a la protección de sus lugares sagrados; a su medicina tradicional (art. 42); al respeto y promoción de sus vestimentas; a la propiedad intelectual de su conocimiento, saberes y ciencia (art. 384)²⁰; al ejercicio de sus sistemas económicos (art. 307), políticos y jurídicos propios; a la consulta previa e informada según sus instituciones y mediante mecanismos de coordinación adecuados (art. 403); a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios (art. 403); a la participación en los órganos e instituciones del Estado, etcétera (arts. 30, 31 y 32) (Const., 2009)²¹.

En el mismo sentido se encuentra el tema de la administración de justicia la que se afirma contundentemente emana del pueblo y se rige, entre otros, por principios como el pluralismo jurídico y la interculturalidad (art. 178), aunque se habla de que la función judicial es única y se incluye a la jurisdicción indígena originaria campesina como una forma de esa función, en igual jerarquía que las demás, ejercida por sus propias autoridades (arts. 179 y 403), aplicando sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios, con límites en derechos como la vida, la defensa y demás que establezca la Constitución (art. 190). De ahí que la característica fundamental de esta jurisdicción es que se delimita por el vínculo particular de las personas con la nación o pueblo indígena originario campesino, en cualquier calidad y solo de los asuntos conforme a la Ley de Deslinde Jurisdiccional (como norma de coordinación jurisdiccional), siempre que se trate de conductas rea-

20. Por ejemplo, se dice que el Estado protege a la coca originaria y ancestral como patrimonio cultural, recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia, y como factor de cohesión social, que, en su estado natural no es estupefaciente, dando la posibilidad de su revalorización, producción, comercialización e industrialización a través de la ley (Const., 2009).

21. La organización propia para impartir justicia, organizar y ejercer control en los territorios conforme a los códigos y prácticas culturales propias se llama "El ayllu", la cual cuenta como autoridad máxima con el "Jilaqata" entre los aymaras, mientras que, para los quechuas se denomina "Jilanku, Kurak Mallku". "Cada autoridad ejerce estos cargos con su esposa, que cumple la misma función de su esposo, expresándose de esta manera la lógica del chacha-warmi" (Luna, 2016, p. 248).

lizadas o con efectos dentro de su jurisdicción (art. 191), cuyas decisiones producen efectos vinculantes (art. 192) (Const., 2009).²²

Sin embargo, pese a tener realmente un marco jurídico constitucional vasto y profundo en la significación del pluralismo específicamente jurídico, las contradicciones y conflictos no quedaron por fuera. De hecho, finalmente brilla un claro oscurecimiento de lo esperanzador que ha aparentado ser la experiencia constituyente boliviana. Justamente, un año después de promulgada la Constitución de 2009, se profiere la Ley de deslinde jurisdiccional como marco jurídico del diálogo intercultural en Bolivia en temas de administración de justicia. En pocas palabras, se trata del desarrollo legislativo encargado de reglamentar el pluralismo jurídico (Ley 73, 2010). Dicha Ley no solo confirma lo dispuesto en los artículos 190, 191 y 192 constitucionales, sino que consolida la idea central de quienes recusaban con ahínco la posibilidad de un pluralismo jurídico más allá del mero reconocimiento formal y abstracto: de que este extraño fenómeno solo puede existir en el lenguaje y bajo lo dispuesto por el Estado.

Así las cosas, empero se habla públicamente de una igual jerarquía entre las diferentes jurisdicciones, en la práctica no existe tal cooperación inter-jurisdiccional, pues la idea prevalente es que las comunidades indígenas originarias campesinas son las que deben dialogar con el Estado y no al revés. En otras palabras, quien lleva el mando todavía sigue siendo el Estado moderno colonial. La racionalidad positivista y sus procedimientos son los que prevalecen, con la excusa de que no es negociable nada que tenga que ver con los valores universales y auténticamente humanos que encierran los instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos, junto con una muy precaria fuerza normativa atribuida a la jurisdicción originaria indígena. Así, el pluralismo jurídico reconocido y expresado en diversos sistemas de normas y procedimientos resulta sólo declarativo, ya que predomina el derecho positivo en su condición legal y legítima (Luna, 2016).

Y todo lo anterior resulta ser revelador, pues a la par que se nos habla de la institucionalización de una revuelta en los conceptos tra-

22. En este punto, llama la atención la posibilidad de acceder al Tribunal Constitucional Plurinacional que tienen las autoridades indígenas originarias campesinas por sus labores en sus sistemas propios de justicia, la cual cuenta como experiencia válida y trabajo en el campo de los derechos Humanos (art. 199) (Const., 2009).

dicionales liberales de constitución, Estado y derecho y sus narrativas hegemónicas, a partir de un giro decolonial refundador que cuenta con un protagonismo creativo y pedagógico crítico notable de las bases populares y movimientos sociales indígenas originarios en su desarrollo práctico como constitución real (Medici, 2010a; 2010b), pervive también, como algo paradójico, un desarrollo jurídico que opera como cerco a las aspiraciones emancipadoras del pueblo Boliviano. La Constitución funciona como forma, herramienta de acceso y visibilización de algo históricamente existente, pero, al mismo tiempo lo hace como freno del desarrollo adecuado de eso existente.

Y se dice revelador porque nos enseña sobre lo conflictivo e inacabado que resulta ser hablar de pluralismo jurídico, así se lo reivindique como aplicación conceptual de una realidad cultural insoslayable, y lo inconveniente que es otorgar poderes absolutos y poner toda la fe a los textos constitucionales; es decir, de fetichizarlos, como si trajeran, por su simple existencia formal, la solución para todos los males del mundo. A continuación, nos encargaremos de ver con un poco más de detalle este tema, haciendo énfasis en la necesidad de desfetichizar los conceptos de Constitución y Pluralismo jurídico, como algo muy necesario si queremos pensar en procesos alternativos del derecho y la justicia.

3 HACIA UN PLURALISMO JURÍDICO DESFETICHIZADO COMO FRENO A LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

Hasta ahora, hemos hecho una presentación con dos trajes: el de jurista e investigador. En ese sentido, quizá ha sido predominante dedicarnos a tratar de entender de manera aparente y alejada el fenómeno; algo más conceptual y descriptivo. En adelante, entonces, quisiéramos despojarnos un poco de la presión que suele ejercer una corbata en un cuello con muchas ganas de cantar y ponernos otro traje: el de seres humanos atravesados por todo lo que pasa en la realidad. Y las cosas así quizá cambien un poco. Finalmente, la idea es salir de ese *optimismo metafísico idealista* que tan contentos nos deja los rostros al ver tan bien elaboradas normas e interpretaciones teóricas y jurídicas hechas en torno al pluralismo jurídico.

Sea como sea, lo que acometemos en este aparte es mostrar que todo sí está bien, pero de pronto no está bien todo. Y menos cuando

el juicio de lo bueno y lo malo lo hacemos con el código que oculta y ha definido tanto el todo como el bien; es decir, cuando vemos las cosas con los lentes que nos hacen ver que todo sí está bien. De ahí que nuestro fanatismo dogmático se vaya a dedicar a tratar de revelar una verdad a voces en la realidad, no así en los cerebros de muchos juristas investigadores y hasta seres humanos: quizá el problema del pluralismo jurídico no esté en su realidad misma, sino en la manera en cómo se ha dicho existe o debe existir en la realidad. Y eso cambia el planteamiento y la comprensión, pues lo que no está bien de ese todo, estriba justamente en eso que se ha dicho.

Y para soportar estas herejías, debemos partir de un hecho real: los juristas no hemos logrado y muy poco intentamos escapar a los códigos del colonialismo y el eurocentrismo. Pero ¿Qué es eso que tanto se ha nombrado en este escrito? Pues estas estrofas llamadas *colonialismo* y *eurocentrismo* constituyen la realidad de la organización del poder en la actualidad y del rock constitucional arriba señalado, así como las matrices fundamentales de su sustento. Desmenucémoslo.

3.1 De la realidad colonial y el eurocentrismo

Cuando nos referimos a Europa, la modernidad, occidente y el colonialismo, más allá de la consideración de un territorio geográfico muy importante, la última y mejor elaborada forma de comprender y desarrollar el mundo nacida en esa geografía de la que todos debemos hacer parte, o un proceso del pasado del que existen muchos responsables, pero nadie responde porque ya quedó atrás, básicamente estamos hablando precisamente de todo lo contrario. Lo indicamos no como territorio y personas, sino como epistemología, filosofía o cosmovisión; no como la mejor forma de entender y construir el mundo, sino como lo peor que se pudo haber exportado, importado y acogido en el mundo, por su matriz jerarquizante, excluyente, racista, elitista, sexista, homofóbica, aporofóbica y genocida; ni tampoco como algo del pasado, sino absolutamente vivo, persistente, aunque cualificado de otra manera.

En ese sentido, el colonialismo o, mejor aún, la colonialidad es una forma de pensar, vivir y actuar, tanto individual como colectivamente; es decir, una idea con consecuencias prácticas muy importantes que significan su alimento diario. Su origen, siguiendo a Dussel (1992; 2000), se puede rastrear en los cerebros y mentes de los europeos asen-

tados en la parte occidental de este continente en el siglo XV, quienes habían acumulado una vasta experiencia histórica de conquistas, guerras y filosofías en su acervo cultural, aunque su verdadera practicidad se dio cuando se tuvieron que enfrentar con el otro: el recién descubierto y desconocido ser humano para ellos del nuevo continente. Es decir, aunque la modernidad nació en Europa, no fue sino hasta el proceso de conquista del territorio americano, llevado a cabo por algunos países europeos, cuando ello supuso coherencia en su lógica de pensar y finalmente se pudo desarrollar.

Estos europeos, hermanos con las necesidades para acumular capital y desarrollar su economía política utilitarista y de explotación, se desnudaron como gentes no que primero pensaban antes de existir como le hubiese encantando a Descartes, sino más bien como sujetos que, para existir, debían conquistar (ego conquiro), o, mejor aún, exterminar (ego exterminio), como mediación entre esa razón y esa acción imperial (Grosfoguel, 2013). Y exterminar en sentido estricto de la palabra: formas de ser, estar, conocer y enfrentar el mundo. De ahí que, para entender mucho del mundo actual, sea necesario adoptar miradas omnicomprendivas de los diversos fenómenos históricos que han facilitado este proceso. El mundo, como lo conocemos, vivimos y entendemos hoy, es el resultado de una serie de sucesos, decisiones, visiones y articulaciones sociales, políticas, culturales y económicas, cuyo punto de partida, emanaciones y eslabones se atisban en la materialidad, instituciones y las relaciones socio-culturales de la Europa occidental de los siglos XIV y XV.

Y en esos procesos, a manera de ruptura, tiene preponderancia el proceso colonizador adelantado en América Latina desde 1492, que hasta hoy repercute en las formas de distribución y detentación del poder a escala global (Quijano, 2014). En ese sentido, el colonialismo debe entenderse como una relación de dominación directa, política, social y cultural que ejercieron los europeos sobre los pueblos que conquistaron. Su manifestación es fáctica, empírica y se evidencia en ejercicios de coerción y coacción. De igual manera, el colonialismo como práctica política produjo categorías de discriminación (raciales, étnicas, antropológicas, nacionales etc.) que quisieron significarse y dotarse de contenido como algo natural y ahistórico, es decir, sin en-

tender que surgen como producto de ciertas dinámicas de poder en un momento dado (Quijano, 1992).

Existen entonces, en el mundo, relaciones desiguales, cuyos vínculos intersubjetivos, caminan dentro –pero no únicamente– en las diferencias de clase. Se trata de una elucidación de la estratificación social y división de clases desde el sistema económico, pero también desde el contexto socio político y cultural de dominación producto del colonialismo. Y esa realidad se explica en tres momentos. En primer lugar, se encuentra el espacio del imaginario de los dominados, el cual actúa dentro de la persona y es facilitado por formas de represión que recayeron, ante todo, sobre los modos de conocer, producir conocimiento, perspectivas, imágenes y sistemas de imágenes, símbolos, modos de significación; sobre los recursos, patrones e instrumentos de expresión formalizada y objetivada, intelectual o visual (Quijano, 1992).

En segundo lugar, está la imposición de los usos, visiones, creencias, mitos, explicaciones y saberes del colonizador, que “sirvieron no solamente para impedir la producción cultural de los dominados, sino también como medios muy eficaces de control social y cultural, cuando la represión inmediata dejó de ser constante y sistemática” (Quijano, 1992, p. 12). Finalmente, se observa la imposición de una visión mistificada de sus formas y patrones de producción de conocimiento, formas expresivas, al no ponerla en acceso de los dominados o hacerlo de forma fragmentada, conveniente y bajo la égida de seguir manteniendo la dominación (Quijano, 1992).

Desde el colonialismo se genera una relación de dominación de centro a periferia, donde Europa siempre está en el centro. De ahí que se sigan tomando decisiones individuales y colectivas, formulando políticas y creando todo tipo de instituciones sobre una sola racionalidad: la producida en Europa desde que se descubrió a América (Quijano, 2014), que da fe de la actualidad del sistema mundo colonial. Y en esa dinámica tiene protagonismo la idea de raza como el fundamento subjetivo de la colonialidad y la creencia de que hay espacios y personas superiores e inferiores por razones biológicas.

Según Quijano (2014) la raza no es un asunto meramente fenotípico, sino más bien una estrategia de control que hace creer a los pueblos y personas colonizadas que eran inferiores a los colonizadores y, por lo

tanto, les debían sometimiento. En tanto raza, se trata de una idea que hizo que se generen identidades no conocidas entre los pueblos americanos, que comenzaron a edificar formas lingüísticas segregacionistas y diferencias jerarquizadas en los roles sociales, lugares y funciones de las personas, cuyo patrón y justificación era la dominación. Se comenzó a fragmentar y clasificar a la sociedad a partir de este concepto, que legitimaba el sometimiento en todos los espacios y que explica hoy la estructura de poder mundial. “(...) los pueblos conquistados y dominados fueron situados en una posición natural de inferioridad y, en consecuencia, también sus rasgos fenotípicos, así como sus descubrimientos mentales y culturales” (Quijano, 2014, p. 2).

De allí que hayan encontrado la forma perfecta para dominar los territorios, el trabajo y recursos productivos, en orden de potenciar su florecimiento económico a escala planetaria desde sus incipientes formas capitalistas de producción. Así, con el colonialismo se incluyó a América dentro de un sistema económico desconocido y que, hacía confluír, en este territorio, todas las formas de producción históricamente conocidas, en una relación ensamblada sobre el capital-trabajo-salario-mercado, que, a la postre, contribuyó con que el capitalismo mundial se haya desarrollado. Como diría Quijano (2014) “El capitalismo mundial fue, desde la partida, colonial/moderno y eurocentrado” (p. 786).

Aquello puso a Europa en un lugar privilegiado, que hizo que tenga todas las herramientas para ejercer las mismas prácticas de dominación/colonial en diferentes lugares que organizan la estructura del sistema-mundo hoy. Dominación que no solo se evidencia en el patrón de poder económico, sino como ese espacio donde subyace el control de la cultura, la subjetividad, los saberes, los símbolos, las formas de otorgar sentido, los significados y la producción de conocimiento. Es decir, a partir del desarrollo de las ideas de raza y control del trabajo, se hegemoniza el proyecto político particular europeo a nivel mundial, que forma eso denominado como etnocentrismo colonial y clasificación racial universal (Quijano, 2014).

A partir de la distinción entre razas y su categorización entre inferiores y superiores, junto con la racionalidad moderna y el eurocentrismo, se comienza a decir que la verdad y la razón solo podría estar en manos de los superiores, desechando totalitariamente lo externo/

inferior a ellos. Se crean conceptos entonces para hacer esas diferenciaciones: civilizado-primitivo, occidente-oriente, racional-irracional, moderno-tradicional, lo científico-lo mítico: Europa-No Europa. Se trata de la potenciación de los mitos fundacionales de la historia de la modernidad que se tienen como los únicos válidos y resultan hegemónicos. Con ellos se constata que, el estado de naturaleza en que vivían los hombres, se superó en Europa, pues ellos se volvieron civilizados, y la idea de que las diferencias entre Europa y lo No europeo es producto de diferencias naturales y no asuntos de poder (Quijano, 2014).

Dicha articulación, produce que ellos se piensen como lo más avanzado en el mundo y consideren el fin de la historia, es decir, como ese lugar donde todos los menos avanzados deben llegar mediante un tránsito lineal del curso de la historia donde el último punto es Europa. Hacen promesas ególatras a todos los ciudadanos del mundo, donde solo se logra avanzar si se los alcanza, si se deja en el pasado lo demás. En tal sentido, se surte lo que se conoce como Eurocentrismo, como referencia a aquella perspectiva y modo de producir conocimiento que nace solo en una parte de Europa y en un momento histórico definido como un proyecto político específico: el burgués, pero que, de la mano de la colonialidad, la modernidad y el capitalismo, se tiene hoy como universal. De ahí que se hable de un patrón de poder mundial colonial-moderno-capitalista-eurocentrado-racista.

Como producto de este patrón, se despojó a lo diferente de Europa de su identidad e historia propia, además de relegar su papel en activo en la producción cultural e institucional mundial. Se creó, en ese sentido, una división dual o binaria de la realidad en todas las esferas, cuyo punto de partida era lo europeo, que propende por la homogeneización de las diferencias, desde una óptica excluyente: los de razas inferiores solo poseen cuerpo para trabajar, no alma ni razón. La consecuencia profunda ha sido que, hasta ahora, como diría Quijano (2014) sigamos reflejándonos ante un espejo que no nos indica la realidad de lo que somos ni de lo que requerimos para identificar nuestros problemas y las soluciones para ello. Gracias a esta lógica nos vemos de manera parcial, distorsionada y como una ficción.

Ahí la razón fundamental para que, como pueblos, no hayamos podido construir todavía formas de organización propias, porque todo lo hecho hasta el momento ha sido en contra de la mayoría de la pobla-

ción y bajo códigos culturales ajenos e incomprensibles a la manera en cómo se vive la realidad, que, en el fondo, esconden formas multiescalares y multi-espaciales de poder y dominación: trabajo, autoridad, subjetividad, intersubjetividad, familia, sexo, intimidad, etcétera. Un ejemplo de ello se pudo observar en la forma en cómo se desarrolla el principio del pluralismo jurídico en el marco del constitucionalismo en países como Colombia y Bolivia.

En cada momento histórico se nos domina con ejercicios de hegemonía surtidos en todos los ámbitos de nuestras vidas, donde lo llamativo es que lo pensado y ejecutado desde hace siglos sigue siendo la regla. Así, con la empresa se organizan las relaciones de producción capitalista y se controla el trabajo; con la familia burguesa-patriarcal se ejerce el control de los roles del sexo y la reproducción; con el eurocentrismo-racismo se performa la subjetividad, la verdad, la producción del conocimiento y el imaginario; y, con el Estado-Nación y derecho modernos se ejerce la autoridad a través de la monopolización de la violencia y la producción centralizada del derecho (Quijano, s.f.).

De tal manera que, el Constitucionalismo y la forma en cómo se entiende lo muy recurrentemente nombrado como Constitución, también se ve sumergido bajo esta realidad colonial, con consecuencias y significancias profundas para reflexionar mejor este asunto, demasiado inacabado, donde el concepto y desarrollo de pluralismo jurídico resulta clave. Pero no se trata de cualquier pluralismo jurídico, pues no sobra recordar que este, como simple reconocimiento, también fue una estrategia capciosa de dominación imperial tal como pasó con la Constitución de Cádiz, que contemplaba la conversión de las comunidades indígenas en corporaciones municipales autónomas, sin salir del sometimiento a la corona y los reyes (Clavero, 2017). Era un constitucionalismo colonial muy al estilo multicultural que, con los procesos de independencia y el temor causado a los ilustrados próceres, replanteó tal condición para reducirlos a términos preconstitucionales de tolerancia, “con una autonomía suspendible o interferible por las instancias superiores no indígenas” (Clavero, 2017, p. 28). Analicemos entonces cuál puede ser una alternativa descolonizadora.

3.2 Globalización, pluralismo jurídico y la Constitución desfetichizada

Los casos de Colombia y Bolivia expuestos arriba nos ofrecen dos ejemplos de las interrelaciones y pugnas existentes en torno al fenómeno de la Constitución y el pluralismo jurídico, que tiende a articularse en la complejidad de avanzar hacia formas desfetichizadas del constitucionalismo en un contexto de globalización neoliberal que ha llevado a una crisis de des-democratización de la democracia real del pueblo, de des-constitucionalización del constitucionalismo social y los derechos fundamentales, y un totalitarismo del mercado que ha mercantilizado todos los ámbitos de vida dejando a la dignidad en un espacio residual (Sánchez, 2017).

Ambos, con los matices y caracterización respectiva, nos indican lo complejo que resulta hacer escapar a la Constitución del colonialismo-moderno-capitalista-eurocentrado-racista. Se propone entonces rescatar lo que de ellos existe como desfetichizado, a partir de un posicionamiento muy cercano con lo planteado como *pluralismo jurídico liberador*.

Dicha desfetichización pasa, inicialmente, por el reconocimiento de un pluralismo jurídico y constitucionalismo fetichizado. Y esto significa, poner de presente que eso creado por el hombre dejó de servirle como medio para sus necesidades vivas y se convirtió en un fin en sí mismo con cualidades mágicas para satisfacer esas necesidades. “Fetichismo es esta inversión espectral: lo fundado aparece como el fundamento, y el fundamento como lo fundado” (Medici, 2016, p. 184).

En términos constitucionales, lo anterior significa que “La constitución es para el pueblo, no el pueblo para la constitución...No es el pueblo, ni él está presente en la vida política, para la constitución, para rendirle culto idolátrico, para vivir en la sabiduría, supuesta infalible, de los que se la dieron” (Carlos Astrada, como se citó en Medici, 2016, p. 184). En ese entendido, una concepción fetichizada del pluralismo jurídico cree que, con su sola nomenclatura y reconocimiento conforme a lo dispuesto constitucionalmente, se solucionan los desequilibrios y exclusiones concretas e históricas en torno a la producción, interpretación (circulación) y aplicación (apropiación) del derecho.

En ese sentido, el concepto de pluralismo jurídico no se toma en un sentido medieval, pues en época de sociedad feudal, Estado absolutista y tránsito hacia el Estado moderno, si bien existía algo asimilable a la coexistencia de diversos espacios de producción jurídica y administración de justicia, este se basaba en fueros, la cooptación y el absoluto control regio en algunos territorios dentro de los cuales delegaban ampliamente su poder a otras personas para mantener su control, que, en la práctica, hizo aparecer poderes muy fuertes del lado del Rey, pero nunca perdiendo su referencia. Y tampoco tiene que ver con el principio de democracia pluralista que atribuye Haberle (2002) al constitucionalismo europeo o de simple reconocimiento como lo hace el multiculturalismo, que lo reducen a la opinión y tolerancia de las diversas formas de ver y enunciar el mundo, subsumido a la abstracción de la igualdad formal, con un fundamento antropológico y cultural en la dignidad humana, marcando un alejamiento entre el Estado y los individuos. Se trata más bien de otra forma de entender el mundo que parte de la realidad, pero incluye en su sustento al ser humano, ser humano-ser humano, y ser humano-naturaleza, desde una perspectiva ecocéntrica. Como diría Medici (2010a; 2010b) el pluralismo jurídico del que hablamos está imbricado en una estructura de metabolismo social donde se relaciona ser humano-grupo social-naturaleza.

Así las cosas, este pluralismo jurídico no nace como respuesta reaccionaria, conservadora y de culto a la tradición al proyecto de sociedad liberal-moderna-capitalista, altamente caracterizada por el monismo jurídico y el estadocentrismo, sino más bien como instancia crítica de esa realidad en orden de su superación. En otros términos: pluralidad jurídica no es igual a pluralismo jurídico, aunque ambos compartan el juicio que se hace de la estrategia moderna de absorción y homogeneización de la vida, a partir de crear ficciones, como algo necesario para desplegar el capitalismo y su núcleo filosófico liberal. Aunque la pluralidad jurídica ha existido como algo real y concretamente verificable, inclusive antes de la modernidad, el pluralismo jurídico va más allá de esa simple constatación historicista, para entender que los diversos sistemas jurídicos que coexisten con el del Estado moderno, lo hacen, las más de las veces en pugna y como formas superación de su *ethos* y lógica, teniendo un espacio notablemente asimétrico en la organización y distribución del poder. Y esa es la realidad viva de los pueblos que reclaman pluralismo jurídico tanto en Colombia como en Bolivia.

No se trata entonces solo que, el pluralismo jurídico, sea diálogo intercultural, a partir de la incompletitud de todas las culturas demarcadas por sus *topoi* o sistemas de valores y creencias, donde una hermenéutica diatópica puede servir como solución por su interacción intersubjetiva (De Sousa, 2010). El pluralismo jurídico del que se habla es situado geopolíticamente en la periferia europea y entiende que el actual contexto no facilita ingenuamente diálogos equilibrados, sino que, en el fondo, encierra formas ya jerarquizadas de comprender la realidad, tendiendo a procesos de asimilación legitimada porque finalmente se dialogó. Y en estos países esto tiene una particular importancia por su realidad jurídica colonial y de destrucción de lo propio que se han implementado desde época colonial, radicalizada en los procesos de independencia liberales que, ha producido, en el campo constitucional, una asimétrica distribución de los bienes jurídicos, solo disponibles para los sobre-ciudadanos, pero indisponibles para los sub-ciudadanos, a quienes se les incluye cuando no representan riesgos para los privilegios de los más: es decir, bien sea como delincuentes o como deudores (Medici, 2010b).

Por lo tanto, se sitúa en el sistemático empobrecimiento y despojo de las víctimas o inferiores según los cánones del colonialismo-moderno-capitalista-eurocentrado, siendo concebido como realidad existente de resistencia a eso, y, a su vez, como praxis concreta y cotidiana de liberación: no solo es norma positiva ni principio constitucionalizado. Y bosqueja que, si se va a dialogar, lo primero que se debe dejar claro es en quién va a asumir las responsabilidades históricas de todas las exclusiones realizadas, para de ahí, ponernos de acuerdo con cómo las vamos a superar. El pluralismo jurídico es, si se quiere, como lo trabajaría Jesús Antonio De la Torre (2005), un derecho que nace del pueblo. Y que nazca del pueblo tiene implicaciones en sus estatutos explicativos, porque invita a su consideración no solo como verificación y reconocimiento de las formas plurales en que los seres humanos consensuan sobre sus pautas de comportamiento y mediaciones regulativas, interpelando el monismo del derecho y Estado modernos, sino que somete a juicio su ética e intereses: permite ver las necesidades de producción, reproducción y mantenimiento de la vida del pueblo, juzgando todo aquello que las imposibilite, cercene o disminuya. Y lo hace en instancia material, concreta, histórica y contextual, no como fórmula mágica ni elixir de vida para todo tiempo y lugar.

Y ahí está la clave, a nuestro juicio, para comprender crítica y alternativamente esta categoría conceptual y fenómeno social que, al plantearse de esa manera, escapa de la alabanza y adoración acrítica de lo que significa la Constitución y el constitucionalismo en sentido moderno. Es decir, entiende que el pluralismo jurídico no se somete a los cánones de ningún texto constitucional tal y como hoy sigue pensándose en la horda de juristas del mundo por culpa de los procesos de colonialismo y colonialidad aún vigentes en muchos cerebros. Cuestiona las verdades de fondo donde descansan las razones para que se siga aceptando al Constitucionalismo y Estado moderno como forma predilecta y falsa de organización social y política, en la medida en que estructura la coartada perfecta para frenar la vida y realidad constitucional amplia y diversa que existe en el *Abya Yala*. Quizá pueda ser un medio, uno de los tantos, pero que opera como un fármaco sacado de los laboratorios interesados de las grandes farmacéuticas del mundo: es paliativo para un dolor, pero no cura ni pretende curar los verdaderos males, al tiempo que aniquila pausadamente otros órganos del cuerpo. Y la constatación histórica lo sigue demostrando.

No sobra recordar que la eficacia de una Constitución y sus principios subyace en las acciones cotidianas de las personas y grupos humanos a quienes ella se trata de imponer. Se hace en la vida y, como tal, no se supone vertical o jerárquicamente como la máxima autoridad suprema de la vida, sino que se va creando horizontalmente, constituyendo un centro de confluencia de saberes, prácticas y diversidades como si fuera un holograma. Es mediación de sentido de ello, pero no es externa o superior a ellas, sin que eso signifique ausencia de conflicto, formas de apropiación y despojo, pues en la contradicción radica su génesis (Medici, 2012; 2016). De ahí que el pluralismo jurídico no se agota con el simple reconocimiento constitucional, sino con reales transferencias de poder, titularidad de derechos y otorgamiento de competencias conforme a la realidad colonial antes descrita.

Facilita develar eso que frecuentemente encriptan las constituciones modernas occidentales de estirpe liberal, que siempre ocultan al pueblo como consecuencia de la fetichización (Sanín, 2013; 2018; Medici, 2016). Y así, la Constitución deja de ser un espacio cerrado dejado solo para expertos especialistas a quienes finalmente se les da la facultad de definir lo bueno, lo malo, lo justo y lo injusto. Se le da voz al

pueblo como fin de la Constitución y se supera la mentira hegemónica de que el pluralismo constitucional es pluralismo jurídico, erigido hoy como respuesta para todos los enemigos de los valores del Estado, el derecho y la justicia modernas porque no se someten a sus lógicas, en ese llamado por Medici (2016) como *derecho constitucional del enemigo*.

Se reconoce la capacidad creativa e instituyente que tienen las personas y los pueblos para construir su historia y enfrentarse a la realidad constantemente, desde una óptica popular (Sánchez, 2018; 2020), declarando públicamente que, en la realidad constitucional, no se encuentran solo los poderes constituyentes y constituidos, sino también unos que son fácticos e innominados en esa lógica liberal moderna occidental (Medici, 2015), teniendo muy presente que los temas constitucionales en América Latina han sido más de poderes que de derechos y estos poderes, constitucionalmente hablando, son o coloniales-capitalistas-modernos-occidentales-eurocentricos-racistas-elitistas-patriarcales-sexogénicos-aporofobicos, o no lo son. Y en ese espacio, no resulta tan adecuado ni útil bosquejar el pluralismo jurídico desde una ortodoxia interpretativa, abstracta, inclusivista, sino desde una ortopraxis constatada (Revenga, 2019). No nos haría mal abrir la puerta de la casa y salir a ver, compartir y vivir la riqueza del vecindario, con permiso o sin él, de nuestro autoritario padre, el Estado Moderno y sus normas.

CONCLUSIONES

Este artículo ha tratado de plantear muy someramente las interacciones, tensiones y conflictos entre el principio del pluralismo jurídico y el constitucionalismo en Colombia y en Bolivia, donde se colige una suerte de fetichización en ambos casos, que han resultado ser más bien limitantes de esa vida, pluralismo y pluralidad existente en la realidad de estos países. Pero la culpa quizá no sea tanta de esa realidad, sino más bien de una cierta subjetividad hoy hegemónica y muy normalizada en muchos espacios de vida social, a raíz de la colonización constante en que nos vemos sumergidos y de la cual nos resulta muy difícil escapar: la creencia ciega y fe absoluta en los textos constitucionales modernos como la única y última solución a todas nuestras preocupaciones y sufrimientos, sin atrevernos a cuestionar mucho.

Desde esta perspectiva, se plantea pensar en un pluralismo jurídico más allá de una mera coexistencia de diversas formas de producción, interpretación y aplicación del derecho, asimilado en normas positivas, sino más bien en uno tendiente a juzgar, como crítica negativa, las mentiras y falacias del Estado y derecho modernos, y a pensar en otras posibilidades más allá de éstos, como crítica positiva. Ello implica necesariamente comprender al derecho políticamente situado y optar por una ética, como praxis, decidida contextualmente; es decir, requiere no olvidarse que el derecho es praxis cotidiana concreta sometida a formas culturales históricamente definidas y que, el Estado de derecho siempre encierra un estado de hecho, donde, se quiera aceptar o no, el movilizante aún sigue siendo la lucha de clases en su sentido epistemológico y metodológico más nítido. Así las cosas, cuando hablamos de Constitución no debemos olvidar que, primordialmente, no es catálogo de derechos ni cúmulo de normas superiores, sino más bien expresión cultural concreta de los pueblos, que se va haciendo en la vida, avizorando los riesgos que existen si no se atiende a ese llamado cultural en los momentos constituyentes.

Igual pasa con el pluralismo jurídico, que, en realidad, no es creado por la Constitución, sino por las praxis vivas de la gente, donde, por el contrario, el texto constitucional suele operar, por sus limitaciones propias, como freno a esas expresiones plurales de la vida. De ahí que sea necesario pensar estos dos fenómenos de manera relacional y crítica del sistema mundo occidental vigente, reivindicando en su núcleo de sentido y contenidos dimensiones de intersubjetividad, interculturalidad y pensamiento decolonial críticos, capaces de vincular aspectos democráticos, liberales, sociales y simbólicos en los espacios de creación y desarrollo constitucional. Estas comprensiones nos ayudarían mucho para superar los déficits crónicos de legitimación existentes entre lo llamado por Arturo Sampay como Constitución primigenia y la base socio-metabólica que le da sentido.

Y con esto no se afirma, como acostumbran a hacer quienes rehúyen a la dialéctica y acusan de dogmáticos, populistas y dictadores a quienes se sitúan políticamente en el mundo, que existe un desencanto absoluto con la Constitución y el pluralismo jurídico. Ambos son importantes, pero no por eso se debe caer en su idolatría absoluta ausente de crítica socio materialista, ni tampoco en ingenuidades perversas que

consideran que sus problemas no son de fundamentación sino de práctica, de protección y no en lo que se dice. Pues en eso que se dice yacen, muy inasiblemente, las respuestas a muchos de los porqués existentes en las vastas reflexiones que se hacen de estos fenómenos. Se argumenta entonces que, para superar muchos de nuestros problemas actuales, no toda Constitución y pluralismo jurídico son importantes, sino aquellos que sometan a juicio las matrices y esquemas de funcionamiento y alimento del sistema mundo colonial capitalista eurocentrado.

En ese sentido, tal vez el proceso constituyente boliviano que desembocó en su actual Constitución de 2009, sea un referente para esto, pese a que todavía se observan dificultades para preguntarse y cuestionar más a fondo sobre el qué es su constitución y su pluralismo jurídico, desde formas más allá del constitucionalismo liberal moderno, en medio de un contexto que ofrece respuestas en la realidad de sus pueblos. Ni que decir de Colombia, donde la Constitución y el pluralismo jurídico han sido altamente cooptados en todos los niveles, en frente de una realidad histórica y técnicamente injusta, que eclipsa el verdadero sentir constituyente de las víctimas de eso injusto que, como dice Sosa, M. (1993), “no nos debe ser indiferentes”.

Siguiendo la metáfora del espejo distorsionado propuesta por Aníbal Quijano, tal vez el problema central no está solamente en vernos todos los días mal por culpa del espejo, como forma de autoengaño y de consciencia (falsa), sino también en la falta de valentía para destruir el espejo e irnos a la tienda de la esquina del barrio a buscar uno nuevo hecho por las propias manos de algún vecino, y comenzar a vernos con ese nuevo espejo elaborado más situadamente. La dificultad no yace solo en la deformación al vernos, sino en lo cómplice que también resulta eso en lo que nos vemos; por eso es necesario también trabajar en su destrucción progresiva, levantar la cabeza, girar la mirada, echar a andar y darnos cuenta de que acá también hacemos espejos todos los días. Eso nos ayudará para comenzar a replantearnos lo que entendemos por Constitución, pluralismo jurídico y el fenómeno constitucional desde un código popular situado en América Latina y su realidad concreta. Nuestras fuerzas vivas de trabajo se delimitan por algún horizonte y que mejor que el nuestro sea el de la descolonización y la liberación.

REFERENCIAS

- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia (29 de diciembre de 2010). Ley de deslinde jurisdiccional. [Ley 73 de 2010]. Recuperado de https://tbin-ternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/BOL/INT_CCPR_ADR_BOL_33622_E.pdf
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [Const.]. (2009). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf
- Clavero, B. (2017). Constitucionalismo y colonialismo en las Américas: el paradigma perdido en la historia constitucional. *Revista de historia del derecho*, (53), 23-39. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6296218>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión (05 de septiembre de 2002) Sentencia T-728 [MP: Jaime Córdoba].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión (08 de agosto de 1996) Sentencia T-349 [MP: Carlos Gaviria].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (04 de septiembre de 2018) Sentencia T-365 [MP: Alberto Rojas].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión (22 de marzo de 2012) Sentencia T-236 [MP: Humberto Sierra].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (09 de abril de 1996) Sentencia C-139 [MP: Carlos Gaviria].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (09 de julio de 2014) Sentencia C-463 [MP: María Victoria Calle].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (13 de mayo de 2003) Sentencia SU-383 [MP: Álvaro Tafur].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (18 de septiembre de 1998) Sentencia SU-510 [MP: Eduardo Cifuentes].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión (24 de junio de 1992) Sentencia T-428 [MP: Ciro Angarita].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión (05 de diciembre de 2013) Sentencia T-921 [MP: Jorge Pretelt].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (11 de enero de 2012) Sentencia T-001 [MP: Juan Carlos Henao].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (30 de junio de 1993) Sentencia T-380 [MP Eduardo Cifuentes].

Cusicanqui, S. (2010). *Ch'ixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Buenos Aires, Argentina: Tinta Limón Ediciones. Recuperado de https://sentipensaresfem.files.wordpress.com/2016/09/rivera-cusicanqui-ch_ixinakax-utxiwa-20101.pdf

Cusicanqui, S. (2015). *Sociología de la imagen. Miradas ch'ixi desde la historia andina*. Buenos Aires, Argentina: Tinta Limón Ediciones. Recuperado de <http://www.catedralibremartinbaro.org/pdfs/libro-sociologia-de-la-imagen-silvia-rivera.pdf>

De la Torre, J. (2005). *El derecho que nace del pueblo*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

De Sousa, B. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo, Uruguay: Ediciones Trilce. Recuperado de http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Descolonizar%20el%20saber_final%20-%20C3%B3pia.pdf

Dussel, E. (1992). *1492-El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la Modernidad*. La Paz, Bolivia: Plural Editores, Facultad de Humanidades y Ciencias de la educación - UMSA. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111218114130/1942.pdf>

Dussel, E. (2000). Europa, Modernidad y eurocentrismo. En E. Lander. (Comp.), *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 24-33). Buenos Aires, Argentina: Clacso. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111218114130/1942.pdf>

Grosfoguel, R. (2013). Racismo/sexismo epistémico, universidades occidentalizadas y los cuatro genocidios/epistemicidios del largo siglo XVI. *Revista Tabula rasa*, (19), 31-58. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n19/n19a02.pdf>

Haberle, P. (2002). La Constitución como cultura. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (6), 177-198.

Hernández, A. (2014). *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*. Ciudad de México, México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Investigaciones Interdisciplinarias

en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- Hernández, A. (2018). Estructuras jurídicas del despojo: trazando el perfil. En A. Hernández y M. Burgos (Coord.), *La disputa por el derecho: la globalización económica vs. la defensa de los pueblos y grupos sociales* (pp. 83-99). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México y Bonilla Artigas Editores.
- Hernández, A. (2019). Estructuras jurídicas del despojo: un caso de reforma estructural en México. En M. Benente y N. Marco. (Comp.), *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza* (pp. 41-56). Buenos Aires, Argentina: CLACSO; Pasto, Colombia: Universidad de Nariño. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20190816035550/Derecho_conflicto_social_y_emancipacion.pdf
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Luna, H. (2016). La legitimidad social del pluralismo jurídico en Bolivia. *Temas sociales*, (39), 243-262. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/pdf/rts/n39/n39_a11.pdf
- Machado, L. (2015). *Juridicidades insurgentes: Elementos para o pluralismo jurídico de libertação latinoamericano* (Tesis Doctoral). Recuperado de <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157392/336538.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Machado, L., Goularte, A. y Gava, E. (2020). *Pluralismo jurídico en el proceso constituyente boliviano*. Aguascalientes, México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát.
- Martínez, R. y Reyes, E. (2012). El Consenso de Washington: La instauración de las políticas neoliberales en América Latina. *Política y cultura*, (37), 35-64. Recuperado de <https://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf>
- Medici, A. (2010a). El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, (3), 3-23. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/11252/10281>
- Medici, A. (2010b). Teoría constitucional y giro decolonial: Narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. *Otro logos. Revista de estudios críticos*, 1 (1), 94-124. Recuperado de https://www.academia.edu/11845710/Teoria_constitucional_y_giro_decolonial_narrativas_y_simbolismo_de_la_constitucion

- Medici, A. (2012). *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Aguascalientes, México: Centro de estudios jurídicos y sociales Mispát; San Luis Potosí, México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí; San Cristóbal de las Casas, México: Educación para las ciencias en Chiapas.
- Medici, A. (2015). Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano. El método de la historización de conceptos ellacuriano y la crítica del constitucionalismo regional. En A. Rosillo y R. Pérez. (Coord.), *Historizar la justicia. Estudios sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría* (pp. 127-144). Aguascalientes, México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát y Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma San Luis de Potosí. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/333247710_Historizar_la_justicia_Estudios_sobre_el_pensamiento_de_Ignacio_Ellacuria_Manuel_Perez_y_Alejandro_Rosillo_coords
- Medici, A. (2016). *Otro Nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Aguascalientes, México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát; San Luis Potosí: Maestría en Derechos Humanos, UASLP. Recuperado de https://www.academia.edu/40164417/Otros_Nomos_Teor%C3%ADa_del_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano
- Quijano, A. (1992). Colonialidad y modernidad / racionalidad. *Perú Indígena*, 13(29), 11-20. Recuperado de <https://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quijano.pdf>
- Quijano, A. (2014). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En A. Quijano. *Cuestiones y horizontes: De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder* (pp. 777-832). Buenos Aires, Argentina: CLACSO. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507042402/eje3-8.pdf>
- Quijano, A. (s.f.). *La colonialidad y la cuestión del poder*. Recuperado de <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/58.pdf>
- Revenga, M. (2019). Sobre el derecho constitucional y sus fundamentos (III). El constitucionalismo de los derechos e interpretación de la Constitución. *Revista Derechos en Acción*, 5 (14), 27-78. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/download/9725/8633/28487>
- Roa, J. (2014). Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (3), 101-121.
- Sánchez, D. (2017). Co-educar y co-enseñar derechos humanos: Algunas propuestas. *Abya Yala: revista sobre acesso à justiça e direitos nas Américas*,

1(2), 67-107. Recuperado de <https://periodicos.unb.br/index.php/abya/issue/view/645/367>

Sánchez, D. (2018). *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ciudad de México, México: Akal.

Sánchez, D. (2020). Materiales preliminares para un análisis crítico del poder constituyente. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (23), 47-77. Recuperado de <http://www.rtfed.es/numero23/03-23.pdf>

Sanín, R. (2013). *Teoría crítica constitucional*. Recuperado de https://www.academia.edu/38252743/Teor%C3%ADa_cr%C3%ADtica_constitucional_Ricardo_Sanin_Restrepo

Sanín, R. (2018). Aclaraciones fundamentales sobre la encriptación del poder y el pueblo oculto como categorías fundamentales de una nueva democracia. En A. Hernández y M. Burgos. (Coord.). *La disputa por el derecho: La globalización económica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales* (pp. 151-174). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Sosa, M. (1993). Solo le pido a Dios. En *30 años* [CD]. Buenos Aires, Argentina: PolyGram Discos S.A.

Valencia, H. (1987). *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Colombia: Panamericana Editorial.

Wolkmer, A. (2018). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Madrid, España: Dykinson, S.L.

DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN COLOMBIA EN LOS CASOS DONDE FALLAN LOS MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS HORMONALES, MECÁNICOS Y QUIRÚRGICOS SUMINISTRADOS POR EL ESTADO O POR UN PARTICULAR QUE PRESTE EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Claudia Vanessa Bravo Ramírez¹
Anamaría Bustos Burbano²
Angie Valentina Garcés Hernández³

Fecha de recepción: 13 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2021.

Referencia: Bravo, C., Bustos, A., Garcés, A. (2021). Despenalización del aborto en Colombia en los casos donde fallan los métodos anticonceptivos hormonales, mecánicos y quirúrgicos suministrados por el Estado o por un particular que preste el servicio público de salud. *Revista Científica Codex*, 7(13), 84-115.

RESUMEN

En el año 2006 la Corte Constitucional reconoció el derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) en tres circunstancias extremas. Pese al tiempo transcurrido desde entonces⁴, el Estado ha hecho caso omiso a las necesidades y dificultades que diariamente enfrentan las mujeres y que requieren la ampliación de garantías de

1. Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en derecho de los negocios. Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: c.vanessabravor@outlook.com
2. Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en DDHH y DIH. Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: anamariab.burbano@gmail.com
3. Abogada de la Universidad de Nariño. Estudiante de especialización en derecho de los negocios. Universidad Externado de Colombia.
4. La presente investigación fue culminada en el año 2020.

acceso a la IVE. Una de las principales problemáticas es que, a pesar de asumir responsablemente la planificación familiar, los métodos anticonceptivos suministrados por el Estado mediante los servicios de salud no son cien por ciento efectivos, lo que puede envolver a la mujer en dos escenarios desfavorables: por una parte, el asumir una maternidad forzada, y por otra, el recurrir al aborto en condiciones inseguras, poniendo en riesgo su integridad e incluso su vida.

Por tal motivo, entendiendo que los derechos humanos se rigen por el principio de progresividad, el presente artículo concluye que es viable que en el ordenamiento jurídico se ampare la situación mencionada, bajo la inclusión de una cuarta causal que permita el acceso a la IVE en condiciones legales y seguras cuando fallen los métodos anticonceptivos hormonales, mecánicos y quirúrgicos, reconociendo con ello la maternidad voluntaria, respetando su decisión de no procrear y reivindicando a la mujer como sujeto de derechos, sin que asuman cargas probatorias desproporcionadas. Para alcanzar tal fin, se realizó un estudio de carácter descriptivo con un enfoque crítico social.

Palabras clave: interrupción voluntaria del embarazo, maternidad voluntaria, falla en métodos anticonceptivos, responsabilidad estatal, derechos sexuales y reproductivos.

ABSTRACT

In the year 2006 the Constitutional Court recognized the fundamental right to Voluntary Interruption of Pregnancy (VIP) in three extreme circumstances. Despite the elapsed time since the decision, the State has neglected the needs and difficulties faced by women day to day and which require a widening of guarantees for accessing VIP. One of the main problems is that, in spite of assuming a responsible family planning, contraceptive methods supplied by the State through health services are not a hundred percent effective, situation that can engulf a woman in two unfavorable scenarios. On one hand, to assume a forced maternity, and on the other, appeal to abortion in unsafe conditions, placing her integrity at jeopardy, or even her life.

Thus, taking into account that human rights adhere to the progressivity principle, this paper claims that said situation finds shelter within the legal system without women being required to present excessive evidence on their behalf, under the inclusion of a fourth case which grants women access to VIP under legal and safe conditions, respects their

decision not to procreate, recognizes voluntary maternity and vindicates the role of the woman as bearer of rights. To achieve this goal, a descriptive study was carried out with a critical social approach.

Key Words: voluntary pregnancy interruption, voluntary motherhood, wrongful conception, state responsibility, sexual and reproductive rights.

INTRODUCCIÓN

Históricamente, las mujeres han hecho parte de un grupo socialmente relegado y se han visto en la obligación de llevar a cabo continuas luchas con el propósito de que les sean reivindicados sus derechos y libertades. Entre las más extenuantes se encuentra aquella relacionada con sus derechos sexuales y reproductivos, enfrentándose a una sociedad que constantemente pretende ejercer control sobre las decisiones en torno a su cuerpo. Es por ello que sus exigencias de justicia social se han mantenido, propiciando que, en virtud del reconocimiento pleno de su existencia, los Estados asuman compromisos en aras de garantizarlos. Sin embargo, asuntos como la Interrupción Voluntaria del Embarazo aún siguen despertando exacerbadas discusiones.

En la actualidad, mucho y poco se ha dicho sobre el aborto y, si bien, no es una práctica actual, se ha ido reconociendo como derecho gracias al continuo avance proveniente del ámbito internacional en materia de derechos humanos, al cual las mujeres pueden acceder de manera legal y segura en razón de su autonomía sexual y reproductiva. Siendo conscientes de ello y de que penalizar la IVE transgrede otras garantías, algunos Estados han adaptado sus ordenamientos, permitiendo el acceso al aborto sin restricción alguna, mientras que otros, aún inmersos en prejuicios morales, han logrado su reglamentación bajo un esquema de causales excepcionales (BBC News Mundo, 2018).

En el caso de Colombia, desde el año 2006 la IVE fue reconocida como un derecho fundamental en tres situaciones extremas, en donde se exige que la mujer demuestre efectivamente estar inmersa en una de ellas y por tanto ser “merecedora” de acceder a la IVE de manera legal y segura (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 20016). Desde entonces, el Estado no ha avanzado en la ampliación de sus garantías, y como consecuencia, aquellas cuya situación no encuentra amparo dentro de las causales existentes, deben recurrir a la práctica de abor-

tos clandestinos. Tal es el caso de las mujeres que, a través del sistema de salud, acceden a métodos de planificación familiar hormonales, mecánicos y quirúrgicos, quienes, a pesar de asumir todas las medidas humanamente posibles para no procrear, se ven afectadas por la falla del método y deben replantear su proyecto de vida en función de un embarazo no deseado.

En ese sentido, la presente investigación propone analizar la viabilidad jurídica de la despenalización del aborto en los casos en que fallan los métodos de planificación familiar hormonales, mecánicos y quirúrgicos, suministrados por el Estado o por un particular que preste el servicio público de salud, con la cual la carga probatoria no recaería en la mujer, sino en el sistema de salud que hace seguimiento a todo lo relacionado con la mujer y el método anticonceptivo. Para ello, se desarrolla una investigación de alcance descriptivo, inmersa en el paradigma cualitativo de la investigación con un enfoque crítico social. Así mismo, valiéndose del método deductivo, se adelanta un trabajo de gabinete, consistente en la revisión de distintas fuentes de derecho nacional e internacional.

Para dar respuesta al objetivo propuesto, el presente artículo se desarrolla en tres secciones. La primera abarca la evolución que ha tenido la IVE como derecho humano en el plano internacional y su reconocimiento dentro de algunos ordenamientos jurídicos del continente americano. La segunda, parte de las obligaciones del Estado colombiano en materia de salud sexual y reproductiva, centrándose en aquellas derivadas de los métodos de planificación familiar a cargo del sistema de salud. Finalmente, tras el estudio detallado de la situación actual de la IVE en el país, se exponen los argumentos que respaldan la implementación de una cuarta causal que permita acceder al aborto de manera legal y segura, con la cual se incrementen las garantías en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

1. EVOLUCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: UNA VISIÓN DESDE EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A lo largo de las últimas décadas, importantes avances se han implementado en el plano internacional a raíz del constante deseo de materializar y hacer efectivos los derechos de las mujeres. Conferencias internacionales como la Conferencia Mundial de Derechos Humanos,

celebrada por Naciones Unidas en Viena en el año 1993, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer de Beijing de 1995, fueron escenarios donde se reconoció el derecho de la población femenina a decidir sobre su propio cuerpo. Por primera vez se incluyó la salud sexual y reproductiva dentro de los derechos humanos a ser protegidos por parte de los Estados, estableciendo que los derechos reproductivos se fundamentan en el reconocimiento del “derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos” (Ministerio de Salud y Protección Social, s.f.a, s.p.), así como el disponer de la información y de los medios necesarios para ello, en aras de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Asimismo, se estableció que esta última, implica un estado general de bienestar físico, mental y social, que entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos (Organización de Naciones Unidas [ONU], 1994).

En estos postulados se incluye, además, el derecho de todas las mujeres a “adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones, ni violencia” (ONU, 1994, p. 37), aduciendo que, si bien los derechos sexuales y reproductivos comienzan en el entorno individual de cada persona, es al Estado a quien le corresponde garantizar su ejercicio y respeto (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [FNUI], 2016). En concordancia con ello, en el Sistema Interamericano, con la Convención de Belém do Pará, se estableció que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, “el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1994).

De esa manera, uno de los puntos más importantes de la agenda de los derechos sexuales y reproductivos es la Interrupción Voluntaria del Embarazo o aborto inducido, entendido como un procedimiento que permite finalizar un embarazo a través de métodos quirúrgicos o farmacológicos (Departamento de Salud del Gobierno Vasco, 2018), cuando la mujer así lo decide. Dicho procedimiento debe realizarse en condiciones de higiene y salubridad, que garanticen, no solamente el

derecho a la salud, sino también su vida e integridad física y mental, con el fin de propender por el respeto a la mujer gestante de tomar decisiones sobre su propio cuerpo, dando cabida a reconocer que “el acceso al aborto legal y seguro resulta esencial para el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres”⁵ (Human Rights Watch [HRW], 2005, p. 13) (Subrayado fuera del texto original).

En ese sentido, se han establecido estándares sobre reconocimiento, acceso y protección del aborto, considerando que encuentra respaldo en las garantías a la integridad física y mental, a no sufrir un trato cruel, inhumano o degradante, la dignidad, la privacidad y la vida familiar, a la salud, igualdad y a vivir una vida libre de discriminación (Centro de Derechos Reproductivos, 2010). Así, se trata de un derecho humano reconocido en diferentes pronunciamientos realizados por los Comités de Naciones Unidas, especialmente por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, al ejercer sus funciones como organismos de interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos y del PIDESC, respectivamente. Dentro de los referidos pronunciamientos, se destaca la Observación General número 22 expedida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2016), en la cual se manifiesta que:

la realización del derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es esencial para el desarrollo y ejercicio de todos sus derechos humanos. El derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es imprescindible para su autonomía y su derecho a adoptar decisiones significativas sobre su vida y salud (s.p.).

En el mismo sentido, la Observación General No. 36, emitida por el Comité de Derechos Humanos (2018), señala el acceso al aborto seguro como un elemento fundamental para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas.

Tales manifestaciones han sido aplaudidas y ratificadas por entidades como el Centro de Derechos Reproductivos (2018), quien considera que la Observación General No. 36, otorga un fuerte apoyo para la defensa, litigios e investigación que define el aborto como un derecho fundamental, y que los servicios de salud reproductiva, incluido el

5. Texto original: legal and safe abortion is vitally important to women’s exercise of their human rights.

aborto, son necesarios para garantizar el derecho a la vida, la salud, la privacidad y la no discriminación de las mujeres y niñas.

Por otra parte, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH] (s.f.), el derecho internacional de los Derechos Humanos genera unas obligaciones que los Estados deben respetar al ser partes de los tratados internacionales, debiendo adoptar medidas positivas para facilitar su disfrute y absteniéndose de interferir en el ejercicio o limitar su desarrollo. Por tanto, cuando los Estados no cumplen con dichas obligaciones internacionales, se generan efectos perjudiciales que afectan el desarrollo efectivo de estos derechos. En el caso de los derechos sexuales y reproductivos, esos efectos perjudiciales causados por la limitación o impedimento de su ejercicio se hacen evidentes cuando los Estados convierten los servicios de aborto en inaccesibles para las mujeres que los necesitan, vulnerando con ello todos los derechos derivados. Como consecuencia, las mujeres, inmersas en una situación de angustia e incertidumbre, recurren a la clandestinidad, a métodos inseguros y a la práctica de abortos en entornos que se caracterizan por la ausencia total de estándares médicos y personal calificado, sufriendo daños irreversibles en su salud, daños que en muchas ocasiones terminan con la muerte de la mujer embarazada.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud [OMS] (2017), manifestó que

en los países donde el aborto estaba completamente prohibido o se permitía únicamente para salvar la vida de la mujer o preservar su salud física, tan solo 1 de cada 4 abortos fue seguro; por el contrario, en los países donde el aborto era legal en supuestos más amplios, 9 de cada 10 abortos se realizó de manera segura, siendo evidente que restringir el acceso al aborto no reduce el número de estos⁶ (s.p.).

Igualmente, organizaciones civiles como Alianza por la Solidaridad (2017), denuncian que “cada año 44 millones de mujeres deciden de manera voluntaria interrumpir su embarazo... de ellas 47.000 mue-

6. Texto original: in countries where abortion is completely banned or permitted only to save the woman's life or preserve her physical health, only 1 in 4 abortions were safe; whereas, in countries where abortion is legal on broader grounds, nearly 9 in 10 abortions were done safely. Restricting access to abortions does not reduce the number of abortions.

ren por abortos inseguros y otras cinco millones sufren lesiones graves” (s.p.), lo que visibiliza el impacto negativo que tienen las leyes que restringen el aborto, desencadenando una causa de muerte evitable. Tan solo en América Latina las víctimas de abortos inseguros alcanzan la cifra del 24 % del total de muertes relacionadas con embarazos y partos (Alianza por la Solidaridad, 2017).

En ese entendido y ante la preocupación por las altas tasas de mortalidad, el acceso al aborto seguro como un derecho, ha sido objeto de llamados de atención por parte de los comités de interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos (Singh, Remez, Sedgh, Kwok, & Onda, 2018), quienes comparten la postura de que “las restricciones legales al aborto tienen un impacto devastador sobre el derecho a la vida de las mujeres” (HRW, 2005, p. 7).⁷ (Subrayado fuera del texto original). Las legislaciones que prohíben y penalizan el aborto en todas circunstancias han recibido fuertes críticas, exhortando a los Estados para que, de conformidad con la recomendación No. 24 de la CEDAW, hagan una revisión de sus legislaciones y eliminen los castigos a mujeres que se someten a abortos (HRW, 2005).

Específicamente en el continente americano, existen marcos normativos que van desde la despenalización hasta la prohibición absoluta del aborto. Países como Canadá, Estados Unidos, Cuba, Guyana, México y Uruguay han legalizado totalmente el aborto, mientras que países como El Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, se encuentran al otro lado de la balanza, prohibiéndolo de manera absoluta (Chiapparrone, 2018). Sin embargo, el porcentaje más alto en la región se encuentra conformado por países como Colombia, que han adoptado un sistema de despenalización parcial y por causales.

Bajo el precepto de acatar el cumplimiento de obligaciones internacionales y disminuir la transgresión de garantías fundamentales, algunos países del continente americano han desarrollado grandes avances respecto a los derechos sexuales y reproductivos, creando fuertes antecedentes jurisprudenciales y legales que permiten proteger el derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo. El primer país en la región en tener amparado el procedimiento de la IVE fue Cuba, quien desde 1965 lo implementó por vía legal ante el alarmante número de

7. Texto original: restrictive abortion laws can have a devastating impact on the right to life.

muerres provocadas por abortos clandestinos. El caso de Cuba supone gran importancia debido a que el Código Penal establece que el aborto es un delito únicamente “a) cuando se comete por lucro; b) se realiza fuera de las instituciones oficiales; c) se realiza por persona que no es médico” (Ley 62, 1987, art. 267.2) o “en contra de la voluntad expresa [de la mujer]” (Ley 62, 1987, art. 159.1). Para la sociedad cubana, la IVE se configura como un derecho básico e indiscutible de la mujer, y la garantía de su ejercicio significa para el Estado el compromiso de este en pro del desarrollo de un conjunto de derechos, como son el derecho a la vida, la salud y en especial los derechos sexuales y reproductivos.

Por su parte, Estados Unidos, mediante el caso *Roe vs. Wade* (Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, 410 U.S. 113, 1973), creó el fundamento jurisprudencial para la lucha por la despenalización del aborto, centrándose en que el derecho a la intimidad de las mujeres incluye la decisión de abortar o no hacerlo, teniendo como base la libertad de elección personal. Asimismo, concluyó que el gobierno no puede interferir en ciertas decisiones personales como la de procrear, y que esta decisión merece el mayor nivel de protección constitucional. En el pronunciamiento, la Corte Suprema también manifestó que el perjuicio que el Estado causa sobre la mujer al negarle la posibilidad de decidir es evidente, dado que la maternidad no deseada puede desencadenar en una vida angustiada, donde la salud física y mental se ven gravadas con el cuidado infantil.

Siguiendo esta corriente, Canadá con el caso *Morgentaler* en 1988, pasó de ser un país con sistema de causales a tener una despenalización absoluta, fundamentada en que el permitir la interrupción del embarazo para unos casos y prohibirla para otros es inconstitucional, puesto que limita la libertad y pone en manos de terceros una decisión personal como lo es el abortar o no hacerlo. Ante esta situación, el Alto Tribunal canadiense determinó que obligar a llevar a término la gestación con amenaza de sanciones, implica una intrusión profunda en el cuerpo de las mujeres y viola así el derecho a la seguridad personal, siendo que un Estado Libre y Democrático no debe aprobar las decisiones de las personas, sino que debe respetarlas, incluyendo la de poner fin a un embarazo, pues ello refleja de manera profunda la forma en que una mujer se piensa a sí misma con relación a los otros y a la

sociedad (Corte Suprema de Canada, 1988, como se citó en Petrone & Ramallo, 2008).

A su vez, México cuenta con una legislación del aborto en cada uno de sus Estados. La Ciudad de México y el Estado de Oaxaca son los únicos que consagran en su legislación la causal de libre decisión de la mujer, cuyo argumento central de legalidad se ha desarrollado desde la década de los 70's a través de los movimientos feministas mexicanos, los cuales acogieron el término maternidad voluntaria como eje central del derecho a la IVE. Con base en este concepto, se estructura la idea de que la maternidad no puede ocurrir en contra de la voluntad de la mujer gestante, reconociendo la existencia de su libertad reproductiva como un intento de compensar la injusticia social que las mujeres han sufrido por el desconocimiento de sus derechos en un país donde el aborto es un asunto de justicia, salud pública y aspiración democrática (Lamas, 2009).

Atendiendo a la magnitud de muertes por abortos registradas y reconociendo que el Estado es quien debe “garantizar el derecho a la procreación consciente y responsable, el valor social de la maternidad y tutela de la vida humana” (Ley 18.987, 2012, art. 1), y que es el encargado de promover el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos, la Asamblea General de la República de Uruguay, profirió la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, la cual permite que una mujer aborte dentro de las doce primeras semanas, salvo las siguientes excepciones: si el embarazo es resultado de una violación, en cuyo caso el plazo para abortar se extiende a 14 semanas; y cuando hay malformaciones en el feto y cuando hay riesgo grave para la salud, en cuyo caso no hay semana límite de gestación (Ley 18.987, 2012). Lo esencial de este modelo de despenalización, radica en que no limita a la mujer a invocar una causal para poder decidir si continuar o no con su embarazo y en el seguimiento por parte de personal calificado durante todo el proceso. Por lo anterior, los resultados positivos del modelo uruguayo de despenalización total de la IVE, son reconocidos a nivel mundial, siendo el “segundo país con menos mortalidad materna en América al registrar 14 muertes cada 100 mujeres, aventajado solo por Canadá, que tiene 11 cada 100” (Verdile, 2018, s.p.).

Finalmente, la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-355, despenalizó el aborto en 3 presupuestos:

(i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, y (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas o de incesto (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006).

Haciendo un ejercicio de ponderación entre el deber de protección de la vida que está por nacer y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, la Corte Constitucional reconoció que el Estado tiene el deber de respetar y garantizar a la mujer el derecho fundamental de tomar decisiones libres e informadas sobre su propio cuerpo y que un ordenamiento jurídico que penaliza el aborto en todas las circunstancias anula a la mujer gestante como sujeto de derechos, reduciéndola a un mero receptáculo de la vida en gestación. Es decir, el ejercicio de ponderación permite entrever a la penalización absoluta como una medida desproporcionada.

De esta manera, se evidencia cómo a lo largo del continente americano existen avances respecto a la consagración y garantía de la IVE como un derecho sexual y reproductivo, donde su legalidad significa una disminución en las tasas de mortalidad materna y un compromiso con los pronunciamientos internacionales en materia de derechos humanos. Esto incrementa la efectivización de los derechos sexuales y reproductivos, al reconocer que el procrear o no hacerlo constituye una decisión que se ubica en la esfera íntima de la mujer y en el poder asumir su cuerpo como propio, anteponiendo su voluntad y el deber de los Estados de respetar y no imponer cargas desproporcionadas como la penalización.

2. MUJER, PLANIFICACIÓN FAMILIAR Y RESPONSABILIDAD ESTATAL

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 Colombia se transformó en un Estado Social de Derecho, convirtiéndose en el máximo garante de los derechos que hacen parte de la Carta y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, conforme lo

establecido en el artículo 93 superior⁸. Dentro de esas garantías fundamentales se encuentra la salud como un derecho y servicio público a cargo del Estado, la cual, conforme lo establecido en el artículo segundo de la Ley 1751 de 2015 “comprende el acceso a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud” (Ley 1751, 2015, art. 2), y es el Estado, como máximo responsable de respetar, proteger y permitir el goce efectivo de los derechos de todos sus asociados, quien debe adoptar medidas encaminadas a materializar su cumplimiento.

Cabe resaltar que el derecho a la salud no debe y no puede entenderse únicamente en el sentido estricto de evitar o curar una enfermedad, sino en “garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación” (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991, art. 49), abarcando también la salud sexual y reproductiva en conjunto con todo lo que ello enmarca: prevención, atención, educación sexual, goce, libertad de identidad y género, conformación de una familia y demás. En función de lo anterior, los derechos sexuales y reproductivos, incluyendo la planificación familiar, se encuentran ligados directamente con el derecho a la salud como derecho prestacional a cargo del Estado, sin discriminar si la entidad prestadora corresponde al sector público o privado. Dichos métodos de planificación familiar, también conocidos como métodos anticonceptivos, comprenden medicamentos, técnicas y dispositivos utilizados para prevenir el embarazo, pudiendo ser utilizados tanto por hombres como mujeres, dependiendo ello del método en sí, y siendo naturales (ritmo, temperatura basal, moco cervical, coito interrumpido, sintotérmico y lactancia prolongada), de barrera (condón, diafragma y espermicidas), mecánicos (dispositivo intrauterino), hormonales (anticonceptivos orales, inyectables, implantes subdérmicos de depósito) y quirúrgicos (ligadura de trompas y vasectomía) (Encolombia, s.f.).

Ahora bien, para efectos del presente análisis, es pertinente centrarse en un tipo específico de anticonceptivos de uso exclusivo de la mujer, los cuales se encuentran dentro del Plan de Beneficios en Salud, entendido como el “conjunto de servicios para la atención en salud que

8. Referente al bloque de constitucionalidad, que permite colocar en igual jerarquía de la constitución política, otras disposiciones como tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 6) y pertenecen a la clase de métodos mecánicos, hormonales y quirúrgicos. Sobre ellos, las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud realizan un seguimiento partiendo de una asesoría acorde a las necesidades y expectativas de la mujer, la elección y modo de uso, suministro, efectividad del método y controles periódicos trimestrales o semestrales encaminados a identificar efectos secundarios, adherencia, reforzar señales de alarma y hacer provisión efectiva, para dar continuidad al proceso de anticoncepción (Resolución 3280, 2018).

No obstante, pese a que la planificación familiar se asume como el medio que permite a las mujeres decidir el postergar ser madres o no serlo definitivamente, los anticonceptivos no son cien por ciento efectivos. Aunque esto llega a ser una verdad a voces, entidades gubernamentales como el Ministerio de Salud y Protección Social publican datos aduciendo que el porcentaje de error es mínimo (Ministerio de Salud y Protección Social, s.f.b), evadiendo la responsabilidad por suministrar mediante los servicios de salud, métodos que no son completamente seguros, sin explicar las razones por las que fallan, incluso culpando a las mujeres por usarlos inadecuadamente, obviando situaciones como las descubiertas actualmente, donde es posible que el cuerpo femenino rechace la planificación (Agencia Europa Press, 2019). Aunado a esto, al hacer uso de un método anticonceptivo, la mujer se ve inmersa en distintos eventos secundarios que perjudican su salud física y/o mental, los cuales van desde náuseas, aumento de peso, humor deprimido o alterado, migrañas, retención de líquidos, disminución del deseo sexual, incluso llegando a padecer cáncer de mama o trastornos tromboembólicos arteriales y venosos (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios [AEMP] y Centro de Información de Medicamentos [CIMA], 2022).

Además de los controles y seguimientos, las mujeres que acceden a la planificación familiar son conscientes de que se enfrentan a métodos que no son totalmente efectivos y que conllevan en muchas ocasiones a perjuicios en su salud. No así, al ser este el único medio ofrecido por el sistema, la mujer accede a él de manera voluntaria en función de su autonomía y autodeterminación reproductiva, pero más allá de esto, la mujer que planifica diseña su propio proyecto de vida y desliga su

sexualidad de la reproducción, partiendo de la idea de que hace todo lo humanamente posible con un único propósito: el de no ser madre.

Empero, los embarazos no deseados se producen en su mayoría por dos situaciones: cuando la mujer está usando algún método anti-conceptivo y este falla, o cuando no recurre a ninguna práctica anti-conceptiva. Kosoy (2017) afirma que

más del 40% de los embarazos en el mundo son no planificados. En Latinoamérica, este número asciende al 58% y en mujeres jóvenes puede llegar, según la región, al 70% y continúa aumentando año a año. Lo llamativo es que la mayor parte de ellas se encontraban utilizando algún método anticonceptivo en el momento de quedar embarazadas, lo que hace más preocupante la situación (s.p.).

En otras palabras, los métodos fallan, y las mujeres que a raíz de ello quedan en estado de gestación no tienen ninguna otra opción que el asumir una maternidad forzada, ya que, en Colombia, con respecto a los embarazos no deseados, únicamente se permite su interrupción en las tres causales que ya se enunciaron, vulnerando de manera evidente derechos como la dignidad humana y obligando a la mujer a renunciar a la forma en que ellas mismas se conciben. Eso da lugar a que tengan que modificar su proyecto de vida, desconociendo un concepto del que poco se ha hablado, que es el de maternidad voluntaria. Con respecto al proyecto de vida, desarrollado dentro de la jurisprudencia colombiana como pieza integrante del derecho a la dignidad humana, este se ve afectado con la falla de los métodos de planificación, en tanto

es en el cuerpo de las mujeres donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado (Corte Constitucional, Sala de Revisión, T-732, 2009).

En igual sentido, lo anterior transgrede derechos conexos como la autonomía, autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, omitiendo la exigencia de una sociedad democrática que desmitifique el tener hijos como un hecho natural y que exige un reordenamiento jurídico en el que las mujeres decidan si eligen o no esta opción (Lamas, 2010).

Pese a lo anterior, en el año 2016 el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección “B”, Radicación: 81001233100020090005101, 2016) emitió un pronunciamiento innovador respecto al tema. El punto clave de la sentencia radica en la anticoncepción fallida, ya que encuentra responsable a la administración y la condena a reparar económicamente a una mujer que quedó embarazada, aun cuando se sometió de manera voluntaria a un tratamiento médico anticonceptivo. El daño antijurídico que genera la responsabilidad estatal por la falla en el servicio es la afectación del ejercicio informado de la libertad reproductiva y las repercusiones que ese hecho genera en el desenvolvimiento personal de la mujer.

Si bien, la condena no fue por la falla en el método de planificación ofrecido y aplicado a la accionante, sino más bien por la falta de información que suministró la entidad que prestó el servicio, la sentencia proferida constituye un antecedente, al establecer que el hecho de que un método de planificación falle, puede afectar el plan de vida y por ende la dignidad humana de la mujer que ha decidido voluntariamente planificar con el fin de no tener hijos, abriendo la posibilidad de responsabilizar al Estado por las fallas en los métodos anticonceptivos.

Así, se tiene que el Estado colombiano al obligar a la mujer gestante a continuar con un embarazo que se presume no planeado desde el momento en que accede a un método anticonceptivo, está incumpliendo con la obligación como Estado Social de Derecho de garantizar la salud y los derechos sexuales y reproductivos bajo los parámetros nacionales e internacionales. En función de ese incumplimiento cabe cuestionarse ¿quién asume la responsabilidad por un embarazo no deseado cuando el método anticonceptivo falla?

3. LA MATERNIDAD VOLUNTARIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: AMPLIACIÓN DE GARANTÍAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

A pesar de asumir la planificación de manera consciente y someterse a las consecuencias que esta conlleva, es la mujer quien debe renunciar a su proyecto de vida y hacerse responsable por un error que no le corresponde, generando así una carga desproporcionada en materia de derechos sexuales y reproductivos como también en su autonomía y autodeterminación. En ese sentido, es incorrecto argumentar, como

se ha hecho desde que la Corte Constitucional despenalizó el aborto, que solamente se transgrede la dignidad humana cuando se trata de las tres causales, dejando de lado otras circunstancias en las que la mujer también se enfrenta a embarazos no deseados y/o no planificados que modifican su plan vital.

En relación con el acceso de las mujeres a una IVE oportuna y segura, la Corte Constitucional ha sido lo suficientemente enfática en establecer y determinar los eventos en que puede realizarse, “las condiciones para su ejercicio, y las obligaciones de las autoridades del Estado y de las entidades prestadoras de servicios de salud” (Dalén, Guzmán, & Molano, 2013, s.p.) (Subrayado fuera del texto original). Al existir esta regulación expresa, se restringe la posibilidad de interpretar e incorporar presupuestos adicionales dentro de las causales ya establecidas.

No obstante, de forma dogmática, se pretende que un embarazo no deseado sea interrumpido dentro del plano legal invocando la causal salud, con argumento en la existencia de una relación inherente entre el proyecto de vida y la salud mental, al exponer que en cualquier situación en donde la mujer se enfrenta a un embarazo no deseado se transgrede su proyecto de vida, cuya consecuencia directa es la afectación a su salud mental, derivando en trastornos de depresión y/o ansiedad, entre otros (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-096, 2018). Uno de los aspectos que no consideran quienes sostienen esta postura, es que esta causal exige una carga probatoria asumida por la mujer que solicita la IVE, consistente en la certificación médica y/o psicológica donde conste que existe un daño o riesgo evidente a su salud (Corte constitucional, Sala Plena, C-355, 2006; Corte constitucional, Sala Plena, SU-096, 2018), sometiendo a la mujer a juicios de valor por parte de los profesionales de la salud, quienes, en muchas ocasiones, subestiman el detrimento que se genera en su bienestar a raíz de un embarazo no planificado (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2019).

Claramente, dicho argumento no encuentra sustento al interior de los presupuestos desarrollados por la Corte Constitucional, debido a que en pronunciamientos internacionales y en distintos marcos normativos a lo largo del continente americano, se ha reconocido que la alteración del plan de vida no supone, en principio, una transgresión a la salud mental de la mujer, sino la vulneración de la dignidad huma-

na, “entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)” (Corte Constitucional, Sala Septima de Revisión, T-881, 2002), la autodeterminación y los derechos sexuales y reproductivos como base de su existencia.

Por este motivo, las mujeres que deciden no aceptar las consecuencias derivadas de la falla en el método anticonceptivo, buscan el respeto y garantía de su decisión de no procrear, intentando acceder a la IVE en un ordenamiento jurídico donde su situación no se encuentra contemplada, viéndose obligadas a enfrentar dos panoramas nocivos: por una parte, el asumir una maternidad forzada y por otra, el recurrir a servicios clandestinos que ponen en inminente riesgo su salud y su vida, siendo parte de las 22 millones de mujeres en el mundo que se someten cada año a abortos practicados en condiciones de riesgo (Alianza por la Solidaridad, 2017), sumando la posibilidad de ser responsabilizadas penalmente por haber incurrido en el delito que contempla el artículo 122 del Código Penal.

Respecto de la penalización, la Corte Constitucional ha manifestado que el legislador puede “adoptar disposiciones de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien jurídico protegido, ya sea un valor, principio o derecho fundamental, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006), siendo la dignidad humana el más importante de estos. Como consecuencia, el legislador al incorporar normas de carácter penal

no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006).

Aunque este argumento fue establecido por la Corte para dar paso a la legalidad de la IVE bajo el esquema de causales, no puede restringirse específicamente a las ya existentes, puesto que al analizar otras circunstancias, como la falla en el método anticonceptivo, se advierte un perjuicio en la decisión que la mujer realiza sobre su propio cuerpo

y la posibilidad de hacerlo de manera segura en el sistema de salud como expresión de su autonomía (Corte Constitucional, Sala Plena, C-088, 2020), teniendo como base la dignidad humana.

En igual sentido, al dar vía a las tres causales, la Corte enfatizó que tratándose de derechos fundamentales su interpretación no es estática, sino cambiante, y encuentra su orientación en el principio de maximización. En otras palabras, cuando se realiza una interpretación de los derechos humanos, prevalece aquella que resulta más protectora y que representa un menor sacrificio de otros derechos, sobre aquella que se torna restrictiva o que provoca una mayor trasgresión, situación que también encuentra amparo en el principio *pro homine* o *pro persona*. En este punto, también es importante recordar el principio de progresividad de todos los derechos humanos, los cuales deben permanecer en continua ampliación, siendo los Estados parte de los tratados internacionales los que asumen la obligación de adoptar los mecanismos para garantizar su desarrollo y abstenerse de implementar medidas regresivas frente a ellos.

Aunado a lo anterior, cuando la Corte profirió la sentencia de despenalización de la IVE por causales y condicionó el artículo 122 del Código Penal, “se limitó a comprender las circunstancias extremas en las cuales se presentaría una afectación desproporcionada de los derechos de la mujer al exigirle continuar con su embarazo” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006) (subrayado fuera de texto original), sin embargo, dejó abierta la posibilidad de que el legislador avance en la determinación de otras causales que respeten los derechos mínimos que fueron reconocidos con la despenalización parcial y que no vulneren “el respeto de la mujer como sujeto digno que no puede ser instrumentalizado para fines reproductivos” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006).

Ante este panorama, se hace necesario ampliar las garantías dentro del marco jurídico precisando que la discusión no gira en torno a determinar si la IVE es o no legal, sino en su maximización como derecho fundamental ya reconocido, el cual, bajo los parámetros del principio de progresividad, no puede permanecer únicamente en tres causales, sino que debe ir evolucionando conforme a las necesidades y problemáticas de la sociedad y sus individuos.

Hoy, catorce años después de la despenalización parcial del aborto y a pesar de que la IVE se ha reconocido como un derecho fundamental en unas circunstancias determinadas, esta se ha mantenido estática, sin considerar otras situaciones que ponen en riesgo y transgreden derechos inherentes a las mujeres. Adicionalmente, aunque en el plano internacional la Interrupción Voluntaria del Embarazo ha sido considerada como un derecho humano sin restricciones, dentro del ordenamiento jurídico interno se ha hecho caso omiso a la maximización de derechos, ya que hasta el momento el legislador no ha dado lugar a un debate y la Corte Constitucional ha preferido declararse inhibida, antes que dar un pronunciamiento de fondo que derive en la ampliación de garantías respecto de la IVE (Corte Constitucional, Sala Plena, C-088, 2020).

Así, cuando una mujer no es dueña de su cuerpo, tampoco lo es de sus decisiones ni de su vida (Beltrán, 1991), su existencia se disminuye al rol de la reproducción y se desconoce su calidad de sujeto de derechos dentro de un Estado Social y Democrático. Por lo tanto, el no permitir a la mujer practicarse la IVE de forma legal y segura debido a la falla en el método de planificación familiar al que accedió mediante los servicios de salud prestados por el Estado, conlleva una afectación a su autonomía y una coerción directa respecto de su decisión de no procrear. Si a las mujeres se les impide disponer de sí mismas, el Estado no puede pretender que se desarrollen en igualdad de condiciones en la sociedad ¿cómo podrían decidir en otros aspectos si ni siquiera pueden hacerlo sobre su propia vida y cómo quieren vivirla?

En este sentido, dar cabida a la implementación de una nueva causal que obedezca a la premisa de que es la mujer, y nadie por ella, quien debe decidir si continuar o no con su embarazo, denotaría la responsabilidad que tiene el Estado por ofrecer y suministrar mediante los servicios de salud, anticonceptivos que no son cien por ciento efectivos. Más allá de limitarse a resarcir económicamente un daño irreparable, debe enfocarse en una reestructuración del ordenamiento jurídico donde el Estado, al ser consciente del porcentaje de error, permita que la mujer, quien de manera voluntaria se sometió al método anticonceptivo, también de forma voluntaria decida si interrumpe o no su embarazo.

Por esta razón, la despenalización del aborto en los casos donde fallan los métodos de planificación familiar hormonales, mecánicos y quirúrgicos suministrados por el Estado o por un particular que presta el servicio público de salud, exige la formulación de una cuarta causal, justificada en el reconocimiento del derecho fundamental innominado a la maternidad voluntaria, ejercida de manera libre y responsable sin que sea impuesta o se trate de un castigo a la libertad sexual, eliminando así la idea de que el plan de vida de las mujeres debe estar encaminado a la obligación de ser madres y cuidadoras, trastocando “los roles heredados, a tal punto, que la maternidad se convierta en un proyecto intencional, reflexivo y autónomo, donde se recupere para la mujer el privilegio de dar vida, un proyecto de maternidad que incluya a la madre” (Goyes, 2011, pp. 49-50).

Encontrando respaldo en instrumentos internacionales, este derecho ha inspirado debates de despenalización del aborto en otros países, donde se ha entendido que las decisiones que inciden en la manera cómo la mujer se concibe a sí misma deben ser respetadas y protegidas por el Estado. En virtud de ello, las mujeres encuentran la posibilidad de reflexionar acerca de su propia vida y definir por sí mismas las oportunidades, peligros y prácticas en torno a la maternidad (Castilla, 2008).

Es de recalcar que, hasta el momento, la maternidad voluntaria no ha sido el argumento central del debate en torno a la despenalización de la IVE y tampoco se ha reconocido como un derecho positivo en el ordenamiento jurídico nacional. A pesar de ello, esta figura se ha desarrollado implícitamente en la jurisprudencia colombiana a partir de la aplicación de instrumentos internacionales, específicamente la CEDAW, al reconocer que cada persona tiene el derecho a elegir si desea o no procrear (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1981). Sin embargo, aun cuando su contenido está enmarcado dentro los presupuestos que abarcan los derechos sexuales y reproductivos, se torna imprescindible su reconocimiento como derecho autónomo que contiene en su núcleo esencial la libertad de la mujer de decidir el ser madre o no serlo. De este modo, existe una relación inherente con la dignidad humana, en tanto la maternidad influye de manera directa en el proyecto de vida de la mujer, y por consiguiente con sus derechos sexuales y reproductivos.

En relación con lo expuesto, diversas organizaciones de la sociedad civil han realizado pronunciamientos con la intención de que “ninguna mujer sea obligada a ser madre en contra de su voluntad, y para que bajo ninguna circunstancia se le violen sus derechos a la privacidad y a la intimidad” (Women’s Link Worldwide, 2020, s.p.). Del mismo modo, la Corte Constitucional en sentencia SU-096, hizo un llamado a superar las barreras que las mujeres enfrentan para acceder al aborto, lo cual implica que el país dé pleno cumplimiento a la protección internacional de los derechos de la mujer y no se limite única y exclusivamente a la ratificación de instrumentos internacionales que los reconocen (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-096, 2018).

Con la adopción de una nueva Carta Política, la creación de la Corte Constitucional y la implementación de los instrumentos internacionales, se abrió un importante espacio de deliberación y compromiso en pro de la protección y defensa de los derechos de las mujeres (Cardona, Carrillo & Caycedo, 2019), quienes han “padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006).

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-274 resaltó que las mujeres pertenecen a un grupo social discriminado “y el reconocimiento de sus derechos ha sido producto de un proceso complejo de evolución social, política, legislativa y jurisprudencial” (Corte Constitucional, Sala Sexta de revisión, T- 274, 2015). El Tribunal ha desarrollado esta idea señalando que

aun cuando en la actualidad se reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, para estas últimas el camino recorrido ha sido largo, al punto que solo hasta la Constitución de 1991 nuestro ordenamiento jurídico reconoció que la mujer no podía ser sometida a ninguna clase de discriminación (art. 43 CP) (Corte Constitucional, Sala Sexta de revisión, T- 274, 2015).

Ahora bien, esas desigualdades se exageran y ejercen diferencialmente en las mujeres, cuando en medio existen decisiones concernientes a su cuerpo, sexualidad y reproducción. Por esto, se requiere repensar su efectiva realización desde una perspectiva que amplíe y profundice la noción de libertad como parte de un verdadero compromiso del Estado con las obligaciones que se derivan de su papel de

máximo garante de derechos al interior del ordenamiento jurídico colombiano, en donde considerar ampliamente la noción de plan de vida de las mujeres a la hora de permitir la Interrupción Voluntaria del Embarazo se erige como imperativo.

Lo anterior supone que, en materia de derechos sexuales y reproductivos, el Estado debe tener en cuenta una dimensión positiva y otra negativa. En la primera, tiene la obligación de brindar medios necesarios para hacer efectiva la autodeterminación sexual y reproductiva, mientras que, en la segunda, la obligación radica en abstenerse de interferir en las decisiones sexuales y reproductivas. En ese entendido “el Estado no puede obligar a una persona a tener o no hijos, ni a desarrollar su sexualidad de una forma” (Corte Constitucional, Sala Novena de revisión, T-398, 2019) determinada.

Bajo estos postulados, es claro que el penalizar la IVE en los casos donde fallan los métodos de planificación hormonales, mecánicos y quirúrgicos, es una medida que no guarda proporción con el espíritu de la Carta Política y, por lo tanto, es viable implementar una nueva causal que permita la IVE en la situación planteada, con la cual no solo se reivindica el proyecto de vida de la mujer, sino también implica el reconocimiento de derechos innominados como lo es la maternidad voluntaria. Esto guarda coherencia, si se considera que Colombia es un Estado garantista, cuya base es el respeto por la dignidad humana y la prevalencia de una amplia lista de derechos inalienables a todos sus asociados, sobre los cuales, el texto constitucional también consagra los mecanismos efectivos para su protección, dejando abierta la posibilidad de incrementar el reconocimiento de derechos nuevos o innominados (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006). Un aspecto para destacar acerca de la legalidad de una nueva causal, y en general de la IVE, es que su licitud no significa la obligación de abortar, por el contrario, otorga la posibilidad a las mujeres de elegir si desean continuar o interrumpir la gestación, sin ser criminalizadas ni poner en riesgo su vida e integridad.

3.1 Acceso a la IVE bajo el esquema de la nueva causal

Con el planteamiento de una cuarta causal para interrumpir el embarazo a partir de la falla de un método de planificación que ha tenido asesoría, suministro y seguimiento por parte del sistema de salud, se

genera un beneficio que no se encuentra consagrado dentro de las tres causales existentes, en las cuales el *onus probandi* sigue correspondiendo a la mujer, debiendo ser ella quien aporta la prueba que soporta su solicitud, ya sea la denuncia o concepto médico y/o psicológico (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016), mientras que, la usuaria que decide practicarse la IVE bajo el esquema de la nueva causal no tendría que aportar prueba alguna, pues esta estaría consignada en su historia clínica (Resolución 1995, 1999), la cual se encuentra en manos del propio sistema (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 839, 2007) que le ha prestado el servicio de planificación familiar.

Al ser la historia clínica un “documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran integral y cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención” (Resolución 1995, 1999) (subrayado fuera del texto original), el personal del sistema de salud “tiene la obligación de registrar en este documento sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas” (Resolución 1995, 1999). En ese sentido, desde el momento en que las mujeres deciden hacer uso de un método anticonceptivo hormonal, mecánico o quirúrgico, mediante el sistema de salud, el o los profesionales que le brinden asesoría para elegir el método, que formulen la orden médica para el suministro y/o realicen los controles periódicos, tal como lo reglamenta la Resolución 3280 de 2018, deberán consignar en la historia clínica todo lo relacionado con la mujer y el método usado.

Es por esta razón que el expediente clínico debe tenerse como la prueba idónea en donde consta que la mujer ha cumplido con todos los deberes derivados de la planificación familiar, como son el informarse y elegir un método en las consultas por primera vez, el acudir en las fechas establecidas para que le suministren el método anticonceptivo y/o la solicitud y asistencia a las citas de control. Esta opción disminuye los obstáculos para acceder a la IVE, puesto que se trata de una prueba que no admite interpretación y no contiene juicios de valor de un tercero.

No obstante, pese a que ha sido reconocido como derecho fundamental, el aborto continúa siendo un tema bastante controversial⁹, motivo por el cual las instituciones y/o el personal de la salud, en muchas ocasiones adoptan prejuicios que se convierten en una barrera de acceso frente a la IVE (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-096, 2018); lo que conlleva a que las mujeres deban recurrir a instancias judiciales y/o administrativas que protejan y hagan efectivo su derecho.

Para el caso en concreto, como la prueba idónea es la historia clínica que se encuentra en guarda de los proveedores del servicio de salud, en caso que se impida el acceso a la IVE y que la mujer deba recurrir a mecanismos de protección de derechos para lograr su reconocimiento, se aplicaría la carga dinámica de la prueba, entendida como la redistribución probatoria, en donde quien debe aportar la prueba es quien ostenta la mejor posición por su cercanía con el material probatorio, por tenerlo en su poder, haber intervenido en los hechos que dan lugar al litigio o estar en mayor favorabilidad para hacerlo (Código General del Proceso, 2012), relevando así a la usuaria del sistema de aportar material que soporte su derecho.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, al acoger dentro del ordenamiento jurídico los presupuestos de esta nueva causal, tratándose de la IVE, el Estado por primera vez asumiría un compromiso real con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres dentro del territorio colombiano, pues no sólo permitiría la ampliación de garantías, sino también implicaría una disminución en los obstáculos e impedimentos de acceso que las mujeres normalmente encuentran al no estar incluidas dentro de las tres causales que ya existen, aún más si se considera la responsabilidad y seriedad que las mujeres asumen cuando deciden hacer uso de un método anticonceptivo.

Por consiguiente, el implementar una cuarta causal que despenalice el aborto en los casos donde fallan los métodos de planificación hormonales, mecánicos y quirúrgicos suministrados por el Estado o por un particular que presta el servicio público de salud, a los cuales el sistema realiza un seguimiento en cuanto a su aplicación, continuidad

9. Concepciones morales, religiosas y conservadoras se siguen imponiendo en la sociedad colombiana, llevando a que los debates jurídicos se vean exacerbados por los ánimos de ciertos sectores de la sociedad que se niegan a reconocer al aborto como un derecho fundamental y a la mujer como un sujeto pleno de derechos que puede decidir sobre su cuerpo y vida, sin la intervención de terceros.

de uso y efectividad, constituye un avance en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho pleno e incluyente, que reivindica a la mujer como un individuo autónomo, reconoce sus derechos y de igual manera la potestad que tiene para tomar decisiones sobre su cuerpo y el rumbo de su vida. Con todo, lo que se busca es que ninguna mujer sea sancionada por elegir libremente sobre sí misma.

Si bien, el aborto en un futuro debe ser legal bajo cualquier causal tal como lo consagran otras legislaciones, debido a que su penalización afecta, restringe y vulnera derechos humanos contenidos en leyes, jurisprudencia e instrumentos internacionales, el reconocer el acceso a la IVE a las mujeres que someten su cuerpo a hormonas, implantes y/o procedimientos con el único propósito de no ser madres, y que asumen los efectos secundarios que estos ocasionan, constituye un paso más en la materialización efectiva de la autonomía y autodeterminación y por consiguiente de los derechos sexuales y reproductivos y la maternidad elegida, permitiendo que las mujeres sean dueñas absolutas de su vida, su cuerpo y sus decisiones.

CONCLUSIONES

Existe un reconocimiento en el plano internacional de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, incluyendo en ellos la IVE, dando pie a que organismos internacionales requieran a los Estados para que estos, en el ámbito de su competencia, modifiquen sus legislaciones y amplíen las garantías que permitan acceder a ella de forma legal y segura, puesto que el restringir el acceso, no disminuye el número de abortos, sino que obliga a las mujeres a acudir a la clandestinidad, poniendo en peligro su salud, integridad y vida.

A pesar de ello, en el continente americano, existen marcos normativos que contemplan distintas regulaciones de acceso a la IVE. Algunos restringen totalmente esta posibilidad, otros, como el caso de Colombia, mantienen una despenalización parcial, mientras que países como Estados Unidos, Cuba, Canadá, México y Uruguay, ante la preocupación por las altas tasas de mortalidad por abortos en condiciones de riesgo y la necesidad de reconocer derechos propios de la esfera íntima de la mujer, como lo es la maternidad voluntaria y la autonomía y autodeterminación sexual y reproductiva, han acogido la normatividad internacional y eliminado barreras de acceso a la IVE, anteponiendo

la voluntad de la mujer ante el deber de los Estados, no solamente de garantizar derechos, sino también de respetar y no imponer cargas desproporcionadas como la penalización.

Existen métodos anticonceptivos ofrecidos por el Estado, los cuales, por su naturaleza, deben ser suministrados por los operadores del sistema de salud y de los que se debe hacer el respectivo seguimiento. Pese a que el Estado y entidades gubernamentales se empeñan en hacer ver que estos métodos son la mejor posibilidad que tienen las mujeres para no concebir, en muchas ocasiones se omite información relevante, como son los porcentajes de error y los efectos secundarios que conlleva su uso. No obstante, al ser el único medio ofrecido por el máximo garante de los derechos fundamentales, la mujer accede a ellos de manera voluntaria diseñando su proyecto de vida fuera de la esfera de la maternidad.

Cuando el método de planificación falla, las mujeres que accedieron a este de manera responsable y asumiendo riesgos en su bienestar no encuentran garantías en el ordenamiento jurídico para hacer efectiva su decisión de no procrear, debiendo modificar su proyecto de vida. Así, se tiene que el Estado colombiano, al obligar a la mujer gestante a continuar con un embarazo que se presume no planeado desde el momento en que accede a un método anticonceptivo, está incumpliendo con su obligación como Estado Social de Derecho de garantizar la salud, los derechos sexuales y reproductivos y la posibilidad de que la maternidad sea voluntaria.

En 2006, cuando se despenalizó parcialmente el aborto en Colombia, la decisión se limitó a otorgar garantías de acceso a la IVE en tres circunstancias extremas. Sin embargo, se dejó abierta la posibilidad de que el legislador avance en la determinación de otras situaciones que reconozcan a la mujer como sujeto digno que no puede ser instrumentalizado para fines reproductivos, teniendo en cuenta que el acceso al aborto legal y seguro como un derecho humano, se rige por el principio de progresividad, y, por tanto, sus garantías no pueden permanecer estáticas, sino que deben ir evolucionando conforme a los requerimientos de la sociedad y sus individuos.

La responsabilidad estatal derivada de la falla en los métodos anticonceptivos radica en la reestructuración del ordenamiento jurídico

en aras de permitir a la mujer decidir si interrumpe o no su estado de gestación, debido a que penalizar la IVE en los casos donde fallan los métodos de planificación familiar es una medida que no guarda proporción con el espíritu garantista de un Estado Social de Derecho, puesto que limita derechos fundamentales de la mujer, sin tener en cuenta los compromisos y obligaciones adquiridos en función de la Carta Constitucional de 1991 y de los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es por lo anterior que la incorporación de una cuarta causal adicional a las tres existentes es viable, pues permite a la mujer acceder a la IVE cuando fallen los métodos anticonceptivos, la releva de la carga de la prueba, reivindica su proyecto de vida e implica el reconocimiento de derechos innominados como lo es la maternidad voluntaria.

REFERENCIAS

- Agencia Europa Press (2019). ¿Por qué pueden fallar los métodos anticonceptivos? *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/cromos/maternidad-y-bienestar/por-que-pueden-fallar-los-metodos-anticonceptivos-articulo-844815>
- Alianza por la Solidaridad (2017). *47.000 mujeres mueren cada año en el mundo en abortos inseguros*. Recuperado de <https://www.alianzaporla-solidaridad.org/noticias/47-000-mujeres-mueren-cada-ano-en-el-mundo-en-abortos-inseguros>
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Beltrán, L. (1991). El derecho a decidir. *Debate Feminista*, 4, 377-380. doi:10.22201/cieg.2594066xe.1991.4.1543
- Cardona, J., Carrillo, Y. y Caycedo, R. (2019). La garantía de los derechos de la mujer en el ordenamiento jurídico colombiano. *Hallazgos*, 16 (32), 85-106. doi:10.15332/2422409x.3265

- Castilla, M. V. (2008). Modelos y Prácticas de Maternidad: Continuidades y Cambios en dos Generaciones de Madres Platenses. *Revista Mad*, (19), 63-76. doi:10.5354/0718-0527.2011.13897
- Centro de Derechos Reproductivos. (2018). UN Human Rights Committee Asserts that Access to Abortion and Prevention of Maternal Mortality are Human Rights [El Comité de Derechos Humanos de la ONU afirma que el acceso al aborto y la prevención de la mortalidad materna son derechos humanos]. Recuperado de <https://reproductiverights.org/press-room/un-human-rights-committee-asserts-access-abortion-and-prevention-maternal-mortality-are>
- Centro de Derechos Reproductivos (2010). *Aborto y Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/BRB-Aborto%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>
- Chiapparrone, N. (2018). El derecho al aborto en América Latina y el Caribe. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 3(1), 192-223. doi:10.17979/arief.2018.3.1.3300
- Congreso de Colombia (12 de julio de 2012) Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.
- Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015). *Ley Estatutaria de Salud*. [Ley 1751 de 2015]. DO: 49.427.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección "B" (5 de diciembre de 2016). Radicación: 81001233100020090005101 [CP. Ramiro Pazos Guerrero].
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (17 de octubre de 2002) Sentencia T-881 [MP. Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional, Sala Plena (10 de mayo de 2006) Sentencia C-355 [MP. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión (15 de octubre de 2009) Sentencia T-732 [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (12 de mayo de 2015) Sentencia T-274 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de octubre de 2018) Sentencia SU-096 [MP. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión (29 de agosto de 2019) Sentencia T-398 [MP. Alberto Rojas Ríos].

Ministerio de Salud (8 de julio de 1999). “*Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica*” [Resolución 1995]. Bogotá.

Ministerio de Salud y Protección Social (3 de agosto de 2018). Directrices de obligatorio cumplimiento para la operación de la ruta integral de atención para la promoción y mantenimiento de la salud [Resolución 3280]. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%203280%20de%2020183280.pdf

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2016). *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Recuperado de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdIm-nsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx1%-2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj67NdUrGT87>

Comité de Derechos Humanos (2018). *Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf

Corte Constitucional, Sala Plena (2 de marzo de 2020). Sentencia C-088 [MP. Antonio José Lizarazo Ocampo].

Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba (29 de diciembre de 1987). Código Penal [Ley 62]. Recuperado de https://oig.cepal.org/sites/default/files/1987_codigopenal_cuba.pdf

Dalén, A., Guzmán, D., y Molano, P. (2013). *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*. Bogotá, Colombia: Dejusticia. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_339.pdf

Departamento de Salud del Gobierno Vasco (2018). *Interrupción voluntaria del Embarazo (IVE)*. Recuperado de: <https://www.osakidetza.euskadi.eus/salud-sexual/-/interrupcion-voluntaria-del-embarazo-ive/#:~:text=Para%20tramitar%20la%20solicitud%20de,que%20necesites%20sobre%20este%20proceso.>

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (22 de enero de 1973). Sentencia 410 U.S. 113 [CJ. Warren E. Burger].

Goyes, I. (2011). *Mujer, Maternidad y Trabajo en Colombia*. Pasto, Colombia: Universidad de Nariño.

Human Rights Watch [HRW]. (2005). *International Human Rights Law and abortion in Latin America*. Recuperado de <https://www.hrw.org/legacy/backgrounder/wrd/wrd0106/wrd0106.pdf>

Kosoy, G. (2017). Más de la mitad de las mujeres con embarazo no planificado usaban algún método anticonceptivo. *télam*. Recuperado de <https://www.telam.com.ar/notas/201701/177504-mas-de-la-mitad-de-las-mujeres-con-embarazo-no-planificado-usaban-algun-metodo-anticonceptivo.html>

La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (2019). *Top 7: Barreras más comunes que enfrenta una mujer que desea interrumpir voluntariamente su embarazo*. Recuperado de <https://despenalizaciondelaborto.org.co/top-7-barreras-mas-comunes-que-enfrenta-una-mujer-que-desea-interrumpir-voluntariamente-su-embarazo/>

Lamas, M. (2009). La despenalización del aborto en México. *Nueva Sociedad* (220), 154-172. Recuperado de https://web.archive.org/web/20200730092615/https://www.nuso.org/media/articles/downloads/3600_1.pdf

Lamas, M. (2010). Maternidad voluntaria y aborto. *GénEros*, 2 (6), 109-114. Recuperado de http://bvirtual.ucol.mx/descargables/55_maternidad_voluntaria.pdf

Women's Link Worldwide (2020). *Organizaciones que trabajan por los derechos de las mujeres insisten en la eliminación de las barreras para acceder al aborto en Colombia*. Recuperado de: <https://www.womenslinkworldwide.org/informate/sala-de-prensa/organizaciones-que-trabajan-por-los-derechos-de-las-mujeres-insisten-en-la-eliminacion-de-las-barreras-para-acceder-al-aborto-en-colombia>

Ministerio de Salud y Protección Social (2014). *Todo lo que usted debe saber sobre el plan de beneficios - POS*. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/todo-lo-que-usted-debe-saber-sobre-el-plan-de-beneficios.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social (2016). *ABECÉ Línea: Salud Materna - Derecho a la Maternidad Elegida*. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/abc-maternidad-elegida.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social (s.f.a). *Derechos reproductivos*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/ssr/Paginas/Derechos-reproductivos.aspx>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH]. (s.f.). *International Human Rights Law*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/international-law.aspx>
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará"*. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (1994). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. El Cairo, Egipto. ONU.
- Petrone, C., & Ramallo, M. D. (2008). Debate sobre aborto: El modelo de despenalización en Canadá. *Centro de Derechos Humanos*, 1-5. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/pdf/2018_canada.pdf
- Encolombia. (s.f.). *Planificación Familiar: Seleccionar un Método de Planificación*. Recuperado de <https://encolombia.com/salud/guias/planificacion/generalidades/>
- Singh, S., Remez, L., Sedgh, G., Kwok, L., & Onda, T. (2018). *Abortion Worldwide 2017: Uneven Progress and Unequal Access*. Guttmacher Institute Recuperado de <https://www.guttmacher.org/report/abortion-worldwide-2017#consequences-of-clandestine-abortion>
- Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios [AEMP] y Centro de Información de Medicamentos [CIMA]. (2022). FICHA TÉCNICA MICROGYNON 0,15 mg / 0,03 mg COMPRIMIDOS RECUBIERTOS. Recuperado de https://cima.aemps.es/cima/dochtml/ft/52612/FT_52612.html#
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [FNUI] y Defensoría del Pueblo. (2016). Derechos sexuales y reproductivos. En FNUI y Defensoría del Pueblo. (1), *Caracterización de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos*(pp. 150-185). Bogotá, Colombia: FNUI y Defensoría del Pueblo.
- Asamblea General de la República Oriental de Uruguay (30 de octubre de 2012). Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. Ley del aborto. [Ley No. 18.987]. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18987-2012>
- Verdile, L. (2018). El aborto en Uruguay: "Pro vida somos los que reducimos las muertes maternas". *LAPRIMERAPIEDRA*. Recuperado de <https://www.laprimera Piedra.com.ar/2018/05/aborto-en-uruguay/>

Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2017). Worldwide, an estimated 25 million unsafe abortions occur each year. *News release*. Recuperado de <https://www.who.int/es/news-room/detail/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year>

BBC News Mundo (2018) Aborto en América Latina: en qué países es legal, está restringido o prohibido. *BBC News Mundo*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45132307>

Asamblea General de las Naciones Unidas (1981). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Ministerio de Salud y Protección Social (23 de marzo de 2007). Por la cual se modifica la Resolución 1995 de 1999 y se dictan otras disposiciones [Resolución 839 de 2007]. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resolucion%20No%20839%20de%202017.pdf

Ministerio de Salud y Protección Social (s.f.b.). *Métodos anticonceptivos modernos*. GOV.CO. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/ssr/Paginas/Metodos-anticonceptivos-modernos.asp>

REPRESIÓN A LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA: UNA MIRADA DESDE LA SITUACIÓN DE CRISIS ACTUAL

Manuela Benavides Bucheli¹

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 12 de noviembre de 2021

Referencia: Benavides, M. (2021). Represión a la protesta social en Colombia: Una mirada desde la situación de crisis actual. *Revista Científica Codex*, 7(13), 116-155.

RESUMEN

El presente artículo de reflexión, tiene como finalidad, revelar para el lector, la importancia del derecho a la protesta social como principio democrático, que permite conocer las diversas necesidades de la sociedad, y cómo en Colombia, este derecho fundamental ha sido reprimido en su libre ejercicio y materialización; siendo los agentes estatales, los principales coadyuvantes en el desarrollo de una política de estado criminalizadora y violenta, que no destina su objetivo a la defensa de los derechos humanos, sino al restablecimiento del orden público, la defensa de la seguridad nacional y la legitimación del establecimiento, que termina con la dispersión injustificada de la protesta. Y aunque este derecho se encuentra bien respaldado Constitucional e Internacionalmente, la tendencia del gobierno en los últimos años y especialmente en el año 2021, ha sido la de reprimir y contener la protesta a como dé lugar, pues se evidenciará a lo largo de este artículo de reflexión, que

-
1. Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Becaria en la Especialización en Derecho Administrativo del Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos. Número de contacto: 3013219282. Dirección: Calle 20 a 43 a 34 Edificio Figueres. Correo Electrónico: manuelabucheli23@gmail.com

se presentan, con cada vez mayor frecuencia, episodios de sistemática y flagrante violación a derechos humanos, que han llevado a disgregar los elementos esenciales que permiten el real ejercicio de este derecho o complejizar su materialización, aun cuando protestar es un contundente indicador de democracia.

Palabras clave: Represión, Protesta, Vandalismo, Violencia, Reparación.

ABSTRACT

The purpose of this reflection article is to reveal to the reader the importance of the right to social protest as a democratic principle, which allows knowing the diverse needs of society, and as in Colombia, this fundamental right has been repressed in its free exercise and materialization; being the state agents, the main contributors in the development of a criminalizing and violent state policy, which does not allocate its objective to the defense of human rights, but to the restoration of public order, the defense of national security and the legitimization of the establishment, which ends with the unjustified dispersion of the protest. And although this right is well supported Constitutionally and internationally, the tendency of the government in recent years and especially in the year 2021, has been to repress and contain the protest at any cost, as it will be evidenced throughout this article. of reflection, that there are, with increasing frequency, episodes of systematic and flagrant violation of human rights, which have led to disintegrate the essential elements that allow the real exercise of this right or complicate its materialization, even when protesting is a forceful democracy indicator.

Keywords: Repression, Protest, Vandalism, Violence, Reparation.

INTRODUCCIÓN

Para efectos de entender la problemática del derecho en cuestión, el artículo se organiza de la siguiente manera; en primer lugar, se comenzará analizando los aspectos generales y la situación de crisis actual de la protesta social y otros derechos fundamentales en Colombia. Más adelante, se hará alusión a algunas de las medidas más comunes para restringir la materialización del derecho a la protesta social pacífica. En contraste con lo anterior, se nombrarán las Garantías Internacio-

nales y Constitucionales del derecho a la protesta social, mediante lo cual, se pretende establecer las fuentes que respaldan este derecho. Finalmente, se estudiarán algunas posturas que han acogido los Jueces Constitucionales, sobre acciones de tutela interpuestas en el contexto de manifestaciones, y del Consejo de Estado sobre la reparación directa de daños antijurídicos ocurridos en este marco.

Para ello se han consultado fuentes primarias como normas de rango constitucional y legal, y tratados, pactos y declaraciones internacionales acerca del derecho a la protesta social. Adicionalmente fueron analizadas fuentes secundarias como informes, conceptos, recomendaciones y jurisprudencia de las altas Cortes. Asimismo, artículos de páginas web, revistas, periodismo independiente, espacios de opinión, investigaciones, informes, y teorías de expertos sobre los más recientes casos de violaciones a los manifestantes en Colombia.

El presente artículo de reflexión se enmarca en el paradigma cualitativo de la investigación, en tanto, se fundamenta, en acontecimientos de actualidad, en contraste con la revisión teórica de información bibliográfica, legal y jurisprudencial, que brindan el conocimiento para alcanzar conceptos claros sobre la situación real de la protesta social en Colombia y el desarrollo restrictivo al respecto.

1. ASPECTOS GENERALES Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA.

A lo largo de la historia de Colombia, la protesta social ha sido el medio a través del cual, se han exigido, ampliado y redefinido otros derechos fundamentales, en un contexto constante de conflicto, desigualdad y corrupción. De esta forma, protestar se ha convertido en un mecanismo idóneo y legítimo para obtener conquistas obreras, campesinas, estudiantiles, pensionales, agrarias, laborales y en general, toda clase de derechos que benefician colectividades.

Sin embargo, los hechos de represión en el contexto de la protesta social en Colombia, son cada vez más frecuentes. Muestra de ello, son los últimos hechos acontecidos en el país, a raíz del Paro Nacional denominado 28A. Así, el 28 de abril de 2021 tuvo origen en Colombia, un paro que le dio un vuelco a la situación de orden público del país, pues por más de 80 días, se llevaron a cabo marchas y protestas multi-

tudinarias de ciudadanos que representaron a estudiantes, personas de la clase media y baja, profesores, población LGTBIQ+, jóvenes, adultos, niños, indígenas, campesinos, víctimas del conflicto, miembros del sector salud, entre muchos otros grupos de la sociedad que en general representaban a toda la ciudadanía, en oposición al mandato del entonces Presidente Iván Duque Márquez y su intento por expedir una reforma tributaria - Ley de Solidaridad Sostenible (Ministerio de Hacienda, 2021) y una reforma a la salud - Proyecto de ley 010 de 2021 (Congreso de la República de Colombia, 2020) eminentemente contrarias a los derechos fundamentales.

El Paro Nacional 28A logró tener el alcance más grande en toda la historia de Colombia y abanderar entre sus victorias, el retiro de dichas reformas normativas, así como la consecución de compromisos frente a peticiones sectorizadas en las distintas regiones del país. Pero lo alarmante de la situación, radica en la gran cantidad de casos de represión estatal ocurridos contra los manifestantes, quienes aun a pesar de encontrarse en situación de indefensión, sufrieron homicidios, desapariciones, uso excesivo de la fuerza, retenciones ilegales, abuso sexual, entre otras formas de violencia.

Cabe resaltar que la presente investigación, encontró dificultad para determinar porcentajes o cifras exactas de lo manifestado, pues entre otras irregularidades de control y vigilancia por parte de entes de control, se halló disparidad en las cifras oficiales y no oficiales. Así, por ejemplo, en los datos expuestos a continuación:

1. **Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz:** con corte al 06 de junio de 2021: conforma un listado de 75 víctimas de violencia homicida en el marco del paro nacional (Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz - Indepaz, 2021).
2. **Cerasetenta (Periodismo Independiente UniAndes) y Bellin-gcat:** cifra de homicidios y violencia policial representada en cartografía de Colombia: Al menos 60 personas han muerto en los últimos 81 días en choques con la policía durante las protestas contra el gobierno de Iván Duque (Cerasetenta y Bellin-gcat, 2021).
3. **Ministerio de Defensa:** con corte al 06 de junio de 2021: 6.464 concentraciones, 2.319 marchas, 3.255 bloqueos, 638 movili-

zaciones: 18 civiles fallecidos, 9 civiles en proceso de verificación, 2 uniformados fallecidos, 1.108 civiles lesionados, 1.274 uniformados lesionados, 9 casos de violencia de género (Ministerio de Defensa, 2021).

4. **Fiscalía General de la Nación:** Se tiene registro de 14 homicidios relacionados directamente con las manifestaciones y se activó el mecanismo de búsqueda urgente en 168 casos de personas que fueron reportadas como desaparecidas (Revista Semana, 2021).

De esta información, se evidencia la contundente falta de relación entre las cifras oficiales y extra oficiales, y el abrumador número de homicidios y hechos de violencia perpetrados contra los manifestantes. Lo que revela la falta de control y vigilancia por parte de los entes estatales, aun cuando dichos casos tuvieron alcance nacional e internacional, pues el registro de los hechos, se realizó con la denuncia pública e inmediata de los jóvenes a través de sus teléfonos celulares y redes sociales.

Respecto de lo ocurrido en ese año, defensores de DDHH solicitaron la visita de La Comisión Internacional de Derechos Humanos – CIDH con la finalidad de que investigue sobre las denuncias de violaciones, sin embargo, este también fue un tema de discusión, tras la negativa inicial por parte del Estado de recibir dicha visita en el país (a través de audiencia programada). Lo anterior, como una clara característica de Estado restrictivo, violatorio del Derecho Internacional. Cabe mencionar que finalmente, dicha visita se llevó a cabo y el órgano internacional, presentó sus observaciones y recomendaciones el 7 de julio de 2021, cuyo contenido se abordará más adelante.

Esto, es apenas una muestra de cómo el Estado ha venido haciendo uso de la represión desmedida como medio de coerción, supuestamente justificada en el restablecimiento del orden público, la seguridad y la conservación del orden legítimo, aun cuando con ello, se impida el disfrute del derecho a protestar pacíficamente y en algunos casos se vulnere incluso el derecho a la vida. Sabine Kurtenbach (2014, como se citó en Benavides y Martínez, 2019, p.20), afirma que “Muchos Gobiernos recurren a una represión desmedida porque, hasta cierto pun-

to, las demandas que hacen los manifestantes ponen en entredicho las relaciones de poder social y político vigentes”.

Dicha postura de represión, se ha presentado como la respuesta al temor del Estado a la muestra masiva de inconformidad frente al sistema y a la consecuente deslegitimación del establecimiento y se ha hecho visible en varios momentos de la historia de Colombia. Así, por ejemplo, otro de los hechos más recientes, fue el paro nacional de noviembre de 2019, convocado para manifestar en contra de las reformas pensional, laboral y educativa y en general en oposición al gobierno de turno; jornadas en las cuales se confirmaron 250 heridos, 100 arrestos y 3 civiles muertos, entre quienes se encontraba, el joven Dilan Cruz Medina, caso que trascendió en todo el país, por la indignación que generó, tras la excesiva violencia no justificada por parte de la fuerza pública. Sobre lo cual, la sentencia de impugnación de tutela de la Corte Suprema de Justicia STC7641, manifestó:

a los uniformados, en especial quien portaba el arma en comento, le era exigible aplicar su uso con fundamento en el respeto por la integridad del ciudadano contra quien se realizó el disparo, pues se insiste, no se observa un nivel de necesidad ni de proporcionalidad que ameritara su uso dirigido, de manera directa, hacia la integridad de esa persona (Corte Suprema de Justicia, 2020).

A su vez, el Paro Nacional Agrario llevado a cabo en el año 2013, en el cual la represión alcanzó niveles exagerados, tal como lo indica la investigación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes cifras:

[...] 902 personas fueron víctimas de algún tipo de agresión. Del total de los casos, 15 personas fueron asesinadas, 7 víctimas de algún tipo de acto cruel o tortura, entre ellos un abuso sexual; 315 personas detenidas arbitrariamente, 40 personas víctimas de fuertes golpizas, 329 que a causa de los ataques, resultaron con algún tipo de lesión y/o herida y 5 personas con heridas graves que les derivó incapacidad parcial o total. Es de resaltar que en 70% de los casos, las agresiones estuvieron acompañadas por otros tipos de violaciones [...] existen al menos 3 casos de presuntas desapariciones forzadas. La policía Nacional fue responsable del 88,15% de los hechos denunciados, el Ejército, por su parte, fue responsable de un 1,55% de los casos (Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado y Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, 2015, pp. 23 y 24).

Mismas circunstancias ocurrieron en el Paro Nacional Universitario de 2011 que logró el retiro de la reforma al sistema de educación. De cuyos hechos, cabe destacar lo ocurrido en el Departamento de Nariño (Universidad de Nariño), lugar que fue escenario de una intromisión de carácter abusivo por parte del Escuadrón Móvil Antidisturbios Esmad, quien golpeó y capturó estudiantes y realizó daños intencionales en las instalaciones de la Universidad.

Dicho conflicto, concluyó con una demanda de reparación directa contra el Ministerio de Defensa, la Policía Metropolitana y el Esmad, de la cual, el día 31 de enero de 2018, el Juzgado Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto, emitió fallo judicial en el cual se declaró a los accionados administrativamente responsables, y como medida de no repetición se dispuso que se celebre en compañía de altos mandos policiales e integrantes del escuadrón móvil antidisturbios, una ceremonia donde se ofrecieran disculpas públicas a la institución ofendida y a la comunidad en general, como muestra de un claro y categórico ejemplo de repudio por las actuaciones irregulares que ahí se llevaron a cabo y la adopción de un compromiso ineludible de tomar los correctivos necesarios para que casos como éstos no se vuelvan a presentar (Juzgado Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto, 2018).

Este, es uno de los pronunciamientos judiciales que esta investigación pretende analizar, con el fin de determinar, qué tan garantistas (o no) son los pronunciamientos expuestos por los jueces y magistrados respecto del derecho a la protesta social y la posición restrictiva del Estado en dicho contexto.

Lo anterior bajo el presupuesto básico de entender al derecho fundamental a la protesta, como una garantía que permite redefinir otros derechos y es postulado esencial de la democracia; pues al delegar al sistema, la toma de decisiones, el control de los recursos económicos y el monopolio de la fuerza, lo mínimo que resta, es cuestionar a aquellos en los que hemos delegado dichas elecciones. “Mucho de lo más importante de nuestras vidas está en manos de otros. Por eso es que me parece importante reclamar el derecho a la protesta como un derecho esencial. De allí que lo podamos llamar el “primer derecho” (Gargarella, 2012. s.p.).

2. MEDIDAS RESTRICTIVAS A LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA

Si bien el derecho a la protesta social pacífica se encuentra bien garantizado en el artículo 37 Constitucional, cuyo contenido predica: “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). El Estado Colombiano está limitando este derecho mediante la criminalización, el uso de la violencia desmedida y otras medidas restrictivas de derechos, que de ningún modo se podrían determinar cómo casos aislados, pues la violencia utilizada y las órdenes impartidas han sido generalizadas y sistemáticas. Siendo así necesario, referir algunas de las formas más comunes de restricción, que se exponen a continuación:

2.1 Intervención de la Fuerza Pública

En Colombia, es el Escuadrón Móvil Antidisturbios (Esmad), el encargado de hacer frente en situaciones de mantenimiento del orden público en el contexto de protestas y manifestaciones, dicho organismo perteneciente a la Policía Nacional fue creado en 1999 y “tiene a su cargo el control de disturbios, multitudes, bloqueos, acompañamiento a desalojos de espacios públicos o privados” (Policía Nacional, s.f., Misión Esmad). No obstante, este organismo ha sido fuertemente señalado, tras los múltiples casos de uso desproporcionado de la fuerza, tortura, violencia sexual, desapariciones forzadas, y en general, la respuesta vehemente contra grupos civiles. Respecto de lo anterior, Edwin Cruz sostiene:

Un modelo de contención policial de la protesta basado en el uso intensivo de la fuerza complejiza aún más el panorama. Efectivamente, si bien las normas que regulan el ejercicio de la fuerza por parte del Esmad mantienen un concepto de seguridad ciudadana, en la práctica el sesgo contrainsurgente y la militarización de la función policial se traducen en la salvaguarda del orden público y la seguridad nacional más que en la seguridad ciudadana (Cruz, 2015, p. 65).

Así las cosas, con la misión de restablecer el control y normalizar la situación de orden público, el Gobierno Nacional ha legitimado (inclusive mediante la expedición de Decretos) espacios de vulneración a -civiles manifestantes. Así, por ejemplo, los decretos de toque de que-

da en las diferentes ciudades del País, terminan en privaciones de la libertad, capturas ilegales y violencia desmedida por parte de la fuerza pública; cuyo fin principal pasa de ser el restablecimiento del orden a la disolución de la protesta.

Sumado a lo anterior, la impunidad policial es usual en el contexto de las violaciones, pues demoras en los tramites, irregularidades y avances insuficientes en las investigaciones, generan el menoscabo directo del acceso a la justicia, donde en la mayoría de los casos no se identifica el responsable o no se judicializa. Al respecto, el Centro de Estudios Legales y Sociales asevera:

En casi todos los países, aun cuando se logran determinar las responsabilidades individuales por muertes y lesiones en situaciones de protesta social, rara vez los procesos judiciales llegan a analizar el comportamiento de los funcionarios policiales que estuvieron al mando de los operativos. (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2016, p. 25). Así, aun cuando el derecho a protestar y a manifestar, es un postulado de soberanía popular y democracia, está claro que este derecho se ha menoscabado en su ejercicio, por la cada vez más frecuente intromisión de la fuerza pública en las manifestaciones, aun cuando las mismas no se tornan violentas o no hay presencia de disturbios.

Se trata, de una política de Estado, que pretende acallar las voces de los manifestantes a como dé lugar; y aunque en Colombia se exigen garantías básicas a derechos fundamentales, es reprochable, como en los últimos 5 años (2017-2021), el gobierno Nacional ha invertido una gran suma de dinero en *armas no letales*, así lo expuso Cuestión Pública:

Entre 2017 y 2021, 20 entidades estatales suscribieron al menos 30 contratos y dos órdenes de compra por \$45.684.261.058 para adquirir armas de letalidad reducida y elementos de dispersión de multitudes, según el SECOP I. Pese a su supuesta no letalidad, parte de los dispositivos han sido usados por algunos agentes de la Policía y el Esmad para disparar contra civiles. Las proveedoras fueron siete compañías, una de ellas investigada por la Procuraduría. El monto total de los procesos equivale a comprar unas 1'030.039 vacunas de Pfizer, a 12 dólares cada una. (2021, s.p.)

Lo controversial del asunto, radica en el momento en que se ejecutaron la mayoría de las compras. Pues en 2020, Colombia atravesaba

por la mayor crisis de *austeridad* ocasionada por la pandemia covid-19, y mientras tanto, el gobierno se encontraba suscribiendo contratos de compra y suministro de tanquetas blindadas, cartuchos eléctricos de aturdimiento y dispositivos de disparo electrónico *taser*, cuyo uso indiscriminado ha llevado a provocar un sin número de muertes, heridos y ataques a la libertad de expresión.

A su vez, las normas que regulan la protesta social en Colombia, contienen derechos demasiado imprecisos, criterios poco claros acerca de las prohibiciones y uso de la violencia, conceptos amplios para realizar detenciones, requisas, y en general una total discrecionalidad y falta de control, hacen parte de todo un sistema de represión incongruente con los estándares internacionales sobre el Derecho a la protesta social.

En este sentido, es preocupante saber que “en lo que va corrido del Gobierno Duque, al menos 56 personas han muerto de manera violenta durante manifestaciones, 48% de ellas por balas que se presumen provinieron de miembros de la fuerza pública” (Cuestión Pública, 2021, s.p.).

Lo dicho hasta aquí supone que, la restricción a la protesta se ha hecho evidente, y con ello, el incremento exagerado de la violencia, como una característica genuina de Estado represivo.

Ahora bien, para ejemplificar lo planteado en este punto, cabe hacer mención de lo siguiente:

Nuevos hechos documentados reafirman la existencia de 22 patrones de conducta, acciones u omisiones, con relación a supuestos crímenes de lesa humanidad cometidos al parecer por integrantes de la Policía, el Ejército, y civiles armados, como “reacción a las movilizaciones pacíficas que se han presentado a lo largo del país” (Pulzo, 2021, s.p.).

Se trataría entonces, de una nueva alianza entre la fuerza pública y civiles dotados con armas, vehículos, chalecos antibalas y una clara orden de aprehender contra los manifestantes, sin recibir reproche o consecuencia legal alguna. Así lo han documentado varios medios de información en el país, pues en los hechos de violencia, son personas sin ningún elemento distintivo de la fuerza pública, quienes arremeten contra particulares que se encuentran manifestando pacíficamente en

distintas ciudades del país, y que de hecho han acabado con la vida de varios ciudadanos. Vale preguntarse entonces: ¿Se trata del regreso del paramilitarismo a Colombia?

2.2 Penalización y criminalización

Sobre este grupo de medidas restrictivas que pretenden regular el derecho a la protesta social con un enfoque restrictivo, se ha argumentado:

Muchas de las normas aprobadas en los últimos años intensifican la sanción de acciones o conductas relacionadas con las protestas. Este grupo de reformas implica cuestiones como: prohibir que en las protestas se realicen acciones que en otras situaciones no están prohibidas; aumentar las penas para infracciones o delitos que con frecuencia están asociados a la realización de una protesta como cortar una calle u ocupar un inmueble y crear agravantes para los delitos cuando son cometidos en una protesta, como, por ejemplo, el daño a una propiedad (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2016, s.p.).

Dichas medidas, inducen a la criminalización de las acciones desarrolladas en el contexto de las manifestaciones y tienen un efecto inhibitorio porque procuran desincentivar la asistencia a las manifestaciones, restringiendo a priori, al anunciar públicamente posibles consecuencias represivas. Así, cabe resaltar lo dicho por la Fundación Ideas para la Paz (Fundación Ideas para la paz, 2018, p. 13).

La protesta social no está criminalizada en Colombia, pero existen delitos que, al parecer, están dirigidos a judicializar actos relacionados directamente con el derecho de protesta, bajo el supuesto de su extralimitación o abuso. Históricamente, existen otras conductas penalmente relevantes que se han asociado a algunas acciones realizadas dentro de las protestas. Desde luego, la aplicación del *ius puniendi* (o el derecho a sancionar del Estado), parte del supuesto de la transgresión de los límites constitucionales a la protesta pacífica. Los delitos que principalmente pueden aplicarse son:

perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial (Art.353 Cp.); 2) obstrucción a vías públicas que afecten el orden público (Art.353^a), y 3) asonada (Art.469). Los dos primeros se encuentran en el Título XII “Delitos contra la seguridad pública” del Código Penal (Ley 599 de 2000). De allí que se deduzca que el bien jurídico tutelable es la seguridad pública.

Es así que, mediante este marco normativo, la fuerza pública, sin capacidad para procesar conflictos y responder a las necesidades exigidas, ha llevado a cabo múltiples acciones, que terminan en la vulneración de derechos fundamentales. Más aún, cuando la criminalización en Colombia se desarrolla en un contexto de conflicto social e inconformismo permanente. Así la doctrina ha expuesto:

La criminalización busca anular o al menos restringir el ejercicio de algunos derechos, particularmente el derecho a la protesta. En un contexto social donde la movilización social es cuestionada porque impide el derecho de circulación o bien porque es el pretexto para que “vándalos” causen destrozos, la pregunta es si la protesta es un derecho, resulta pertinente y requiere de una respuesta sustentada y satisfactoria (Cortez, 2014, p. 211).

En efecto, en Colombia, existe una fuerte coyuntura entre los distintos sectores de la sociedad, pues el etiquetamiento mediático, configura un constante discurso de rechazo ante la protesta social, usando como fundamento, los eventos esporádicos de vandalismo que manchan el carácter de “pacífica” de la protesta social. Así, la gran mayoría de medios de comunicación en Colombia, muestran un repudio categórico a los daños causados a bienes públicos y privados, pero no, a los actos de violencia de la fuerza pública contra inocentes. Todo lo anterior, sumado al conflicto armado interno, el cual ha contribuido a dicho etiquetamiento, pues el señalamiento público de la infiltración de grupos guerrilleros en las movilizaciones sociales, conlleva a la judicialización de activistas o manifestantes inocentes (Uprimmy, 2010).

Por otra parte, cabe hacer mención a la figura del traslado por protección que viene siendo erróneamente aplicada por la fuerza pública en el contexto de las protestas. Dicho instrumento, se encuentra consagrado en el artículo 155 del Código Nacional de Policía, el cual predica: “Cuando la vida e integridad de una persona o de terceros esté en riesgo o peligro, el personal uniformado de la Policía Nacional, podrá trasladarla para su protección o la de terceros” (Congreso de la República de Colombia, Ley 1801 de 2016) (...).

Sobre dicha figura la ACNUDH, ha manifestado su preocupación pues muchas de las detenciones ocurridas durante las protestas resultaron del uso frecuente de esta medida que otorga facultades discrecio-

nales a la policía para limitar el derecho a la libertad personal (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2020).

En este entendido, es preciso mencionar que, en las protestas llevadas a cabo en los 3 últimos años, se evidenciaron aprehensiones indiscriminadas a manifestantes, quienes son retenidos sin mayores garantías y trasladados a centros de detención o comandos de atención inmediata, donde en la gran mayoría de casos, se configuran detenciones ilegales y en algunos casos, sufren violencia física por parte de los uniformados. Situaciones en las cuales, se deforma completamente el sentido protector para lo cual fue creada esta figura.

La Corte Constitucional en la sentencia C-281 de 2017, destacó: “A pesar de que el traslado por protección no constituye una sanción, este impone una carga significativa al individuo. Por ese motivo, se debe proveer a la persona trasladada garantías, previas y garantías posteriores para asegurar su debido proceso” (Corte Constitucional de Colombia, 2017, p. 106).

2.3 Aviso Previo

Esta medida restrictiva consiste en el deber de notificar previamente a las autoridades el lugar, la fecha, el motivo, la individualización de los protestantes y los horarios en que fuere a realizarse. A este respecto, el Centro de Estudios Legales y Sociales, refiere:

Con frecuencia, se intenta justificar este requisito presentándolo como un camino para ofrecer una protección mayor al ejercicio del derecho a la manifestación. Sin embargo, muchas veces el aviso previo termina funcionando como un requerimiento de autorización encubierto. En estos casos, el procedimiento de notificación otorga a las autoridades el poder de imponer fechas y horarios y de disponer cuáles son los lugares autorizados para protestar y las condiciones para hacerlo. En algunos casos, también les da el poder de prohibir las manifestaciones y de autorizar el uso de la fuerza policial para dispersarlas si consideran que los organizadores de la protesta incumplieron las condiciones. (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2016, p. 8)

En este sentido, conviene referirse a la Ley 1801 - Código Nacional de Policía y Convivencia, cuyo contenido actualmente es inexecutable parcialmente, y en su artículo 53 establece la obligatoriedad del aviso previo, el cual deberá presentarse ante la primera autoridad adminis-

trativa del lugar y deberá ser suscrito por lo menos por tres personas, quienes tendrían que expresar día, hora, sitio y recorrido de la proyectada reunión, con 48 horas de anticipación. Otorgando así, la potestad a autoridades locales, de disolver cualquier clase de reunión que altere la convivencia y de autorizar o no, el uso temporal de vías en su jurisdicción para el ejercicio de reunión o movilización pública, dejando a una clara facultad discrecional, para permitir o impedir el ejercicio del derecho a la protesta (Congreso de la República de Colombia, Ley 1801 de 2016).

Aunque dichas disposiciones se encuentren bien sustentadas en ponderación con el derecho a la seguridad y orden público, se imponen requisitos desproporcionales que terminan por imposibilitar la espontaneidad de una movilización o protesta.

No obstante, lo anterior resulta revelador que el más reciente paro nacional 28A trajo consigo, el cierre continuo de las vías principales del país, el consecuente desabastecimiento de insumos básicos, y la caída total de la economía nacional; además de ello, fue claro como durante las movilizaciones organizadas durante más de un mes, los marchantes descataron los toques de queda ordenados por autoridades municipales y departamentales.

Lo cual permite inferir que hoy por hoy, los manifestantes consideran los bloqueos de la movilidad, como medios legítimos para darle alcance a la protesta social. Entonces, es posible preguntarse, cual es el nivel de legitimidad de las corporaciones públicas en Colombia, y como ante ello, puede prevalecer el afán de un pueblo por ser escuchado.

3. GARANTÍAS INTERNACIONALES Y CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA

3.1 Garantías Internacionales

El Derecho a la protesta social encuentra amplio respaldo internacional, pues encuentra sustento en los siguientes instrumentos:

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (derecho a la libertad de reunión y de asociación-n pacíficas), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (derecho de reunión pacífica),

la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 (derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los derechos del Niño de 1989 (los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (derecho a toda persona de reunirse pacíficamente con otras) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (derecho de reunión pacífica y sin armas) (Martínez y Benavides, 2019).

Además, la comunidad internacional ha señalado en múltiples recomendaciones, que en el contexto de la protesta social, se deben guardar las garantías a la vida y libertades de los manifestantes y que el uso de la fuerza debe ser completamente excepcional y fundarse en los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y rendición de cuentas, por cuanto se ha entendido a este derecho, como un mecanismo democrático y representativo, cuya finalidad debe defenderse. Así lo manifestó el Relator Especial Maina Kiai:

Dada la interdependencia e interrelación existentes con otros derechos, la libertad de reunión pacífica y de asociación constituyen un valioso indicador para determinar en qué medida los Estados respetan el disfrute de muchos otros derechos humanos, aparece así la protesta como un derecho complejo y un medio para defender otros derechos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2012, p. 3).

A todas luces, es claro entonces, que el derecho fundamental a la protesta está directamente relacionado con el disfrute de otros múltiples derechos, y en ese orden de ideas, los Estados tienen un marco reducido para justificar su limitación.

Al respecto, cabe destacar el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Perozo y Otros Vs. Venezuela*, cuya sentencia desarrolla el concepto del *extremo cuidado* al que deben obedecer las fuerzas militares, quienes en su actuar, tendrían que adoptar determinaciones razonables y proporcionales, para de ese modo, mantener el control de los posibles actos de violencia o destrucción, sin afectar la dignidad o la integridad física o emocional de ningún interviniente. Acerca de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

El uso legítimo de la fuerza y otros instrumentos de coerción por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado debe ser excepcional y solo utilizarse cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control, distinguiendo imperativamente, en tales circunstancias, entre quienes, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave para sí o para terceros y quienes ejercen sus derechos a manifestarse y no presentan esa amenaza (Caso Perozo y otros vs Venezuela, 2009).

Del mismo modo, cabe mencionar las recomendaciones elevadas específicamente a Colombia, sobre los hechos ocurridos en 2019, así, la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos - OACNUDH, mediante un comunicado de prensa, expresó:

Urge al Estado a iniciar investigaciones exhaustivas, efectivas e independientes en relación con casos de presunto uso excesivo de la fuerza por parte del Esmad durante las recientes protestas sociales. Asimismo, el ACNUDH insta a que se inicie una profunda transformación del Esmad, incluyendo una revisión de sus protocolos sobre el uso de la fuerza y de las armas y municiones menos letales para que cumplan con las normas y estándares internacionales. (Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH], 2019, s.p.)

Ahora bien, respecto a los más recientes hechos ocurridos en Colombia en 2021, y la visita de trabajo realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 8 al 10 de junio del mismo año, se obtuvo como resultado, un informe de observaciones y recomendaciones, en el cual, la CIDH pone de presente que la situación que atraviesa Colombia tiene una complejidad especial por la multiplicidad de peticiones y demandas sociales exigidas a nivel nacional en el contexto de las manifestaciones, pues se derivaron múltiples desapariciones, agresiones a medios, periodistas y misión médica, discriminación, estigmatización, violencia física y sexual, uso indiscriminado de la fuerza, entre otros comportamientos reprochables de las autoridades y en especial la fuerza pública. Aunado a esto, se hace mención a la presencia de bandas delincuenciales o de narcotráfico al margen de la ley que, en razón de la coyuntura política y social existente, cometieron conductas delictivas violatorias de derechos humanos. Dicha información fue recolectada por la CIDH, mediante la recepción de 302 testimonios

de forma individual y colectiva y la ejecución de reuniones con autoridades de distintas ramas del poder público y órganos de control nacional, departamental, distrital y municipal. Al igual que con víctimas de violaciones de derechos humanos, representantes de movimientos sociales, gremios empresariales, periodistas, agentes de la fuerza pública, entre otros sectores poblacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2021, s.p.).

A su vez, la CIDH solicita y hace un llamado a la inclusión de jóvenes, mujeres, personas LGTBI, mayores, personas con discapacidad, indígenas y afrodescendientes, para la inclusión dentro del diálogo como mecanismo y única oportunidad para la superación de la conflictividad social; en ese contexto, hace un llamado de atención al Estado Colombiano, pues señala que el gasto social es bajo y el sistema tributario no ha generado cambios en la distribución de ingresos, asegurando que estadísticamente los niveles de pobreza extrema superan en gran medida a los años anteriores, la ausencia de intervención estatal ha dejado secuelas en determinados grupos poblacionales sin acceso a servicios públicos básicos, haciendo igual énfasis en el constante asesinato de líderes sociales, que dan como resultado la desconfianza y desaprobación de la legitimidad del Gobierno.

Además, la Comisión exhorta al Estado Colombiano para que, de forma inmediata, prohíba el uso de la fuerza letal como recurso de control del orden público, y el uso de armas letales en el marco de las protestas sociales. Igualmente, recomienda informar de manera oportuna, las desapariciones, o cualquier mal obrar por parte de las instituciones públicas, que conlleve a la afectación de los derechos de los ciudadanos. Así también, recomienda al Estado, investigar estos casos, en virtud del principio de la debida diligencia reforzada, y el debido acceso a la administración de justicia, haciendo así, un juicio de reproche al encontrar entre los hechos, casos de víctimas mortales, de los cuales recomienda, no deberán dirimirse a través de la justicia penal militar, si no, mediante la justicia penal ordinaria.

Con relación al uso de la fuerza, la Comisión recordó que los operativos de seguridad deben llevarse a cabo con estricto apego a los protocolos del uso legítimo de la fuerza y en cumplimiento a los principios internacionales de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta, que la intervención de las fuerzas armadas debe

tener un fin protector de la comunidad que tengan como prioridad la defensa de la vida y la integridad de las personas y la sociedad civil. Así las cosas, la Comisión pretende mediante su informe, incitar a que el Estado realice un proceso nacional de diálogo honesto, con enfoque territorial, que permita la escucha a todos los sectores, y garantice el pleno ejercicio de los derechos con un enfoque de igualdad y no discriminación. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2021).

3.2 Garantías Constitucionales

Con respecto al ámbito constitucional, el derecho a la protesta social se encuentra respaldado en la actual Carta Política, en los siguientes artículos:

Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Artículo 37. Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.

Artículo 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

Artículo 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador (...).

Artículo 107. (...) Se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Si bien estos derechos se encuentran consagrados constitucionalmente, no tienen el carácter de absolutos, pues se requiere ponderar su ejercicio en base al principio de proporcionalidad y al interés general. Razones por las cuales, será posible suprimirlos temporalmente, si con su ejercicio se llegase a afectar derechos colectivos.

Así las cosas, la limitación de este derecho, es válida, cuando se afectan intereses generales. Pues en el ejercicio de este derecho, pueden afectarse las esferas de la movilidad, la economía y los derechos y libertades fundamentales individuales, razón por la cual, el constituyente consideró la prohibición excepcional de la protesta, pues “el ejercicio del derecho a la reunión y a la manifestación puede afectar las rutinas sociales y generar algunos traumatismos en el transcurso cotidiano de las actividades, pero esto no puede justificar el tratamiento penal de las conductas” (Uprimny, 2010, p. 48).

De otra parte, respecto del desarrollo legislativo del artículo 37° constitucional, cabe hacer mención a la anteriormente señalada Ley Ordinaria 1453 del 24 de junio del 2011, denominada *Ley de seguridad ciudadana*, la cual contiene disposiciones claramente contrarias al derecho a la protesta, pues incluye conductas demasiado abstractas que no determinan específicamente qué actividades son legales o ilegales, dejándolo a la interpretación discrecional de las autoridades y la fuerza pública. Tan es así, que dicha situación, ya fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, quien en Sentencia C-233 de 2017, declaró inexecutable parcial y totalmente la gran mayoría de los artículos concernientes a este derecho. Señalando, además, que la regulación del derecho fundamental a la protesta debe tramitarse mediante Ley Estatutaria y no mediante Ley ordinaria, como sucedió con la comentada norma.

En consecuencia, se otorgó un plazo al Congreso, para que regule esta materia hasta junio de 2019, sin embargo, han transcurrido más de dos años y en el Congreso se han tramitado varios proyectos, debatidos sin éxito alguno. Demostrando así, la renuencia a legislar sobre este tema y dejando un enorme vacío legal, pues en tanto que la nueva norma se encuentre vigente, se aplica lo contenido en la Ley 1453.

Así, es preciso señalar el más reciente Proyecto de Ley Estatutaria de 2020, cuyo trámite se encuentra en curso, y mediante el cual, el Congreso de la República pretende desarrollar el derecho a la protesta social pacífica consagrado en el artículo 37° Constitucional. Dicho cuerpo normativo, define a la protesta social en su artículo 4° como: “un derecho fundamental directamente relacionado con el derecho a la libre expresión y en consideración al derecho de reunión, así como una garantía democrática, estructurado de conformidad con los postulados

que hacen parte del bloque de constitucionalidad”. (...) (Congreso de la República, 2020). En razón de lo cual, atribuye en su artículo 5º, una serie de derechos a los participantes en las manifestaciones o movilizaciones, a la luz de los principios de “Universalidad, Legalidad, Necesidad, Proporcionalidad, Dignidad humana, Prevalencia del interés general, Seguridad, Reunión Pacífica y Bilateralidad” (Congreso de la República, 2020).

No obstante lo anterior, es cuestionable el contenido del texto subsiguiente, pues en el artículo 7º sobre las Obligaciones del Estado, se ordena a priori, inclusive en la etapa de gestación de la protesta, la intervención de la fuerza pública, así:

De conformidad con lo que señale el reglamento, las autoridades competentes, previo a la intervención de la fuerza pública en las manifestaciones y movilizaciones sociales y pacíficas, tales como el Esmad, la Policía Nacional o el Ejército Nacional, deberán:

- (i) Identificar el personal de los servidores públicos que intervendrán en la respectiva manifestación o movilización social;
- (ii) Identificar el cuerpo oficial al que pertenecen;
- (iii) Elevar un acta en el que el superior jerárquico acredite que el personal que intervendrá cuenta con la capacidad y el entrenamiento necesario para intervenir en ese tipo de manifestaciones sociales;
- (iv) Verificar, con la observancia de la Defensoría del Pueblo o del Ministerio Público, el equipamiento y el armamento que se disponga para la intervención de las manifestaciones o movilizaciones por parte de la fuerza pública, y su adecuación del mismo a los parámetros permitidos de conformidad con lo ordenado en la presente ley.
- (v) Especializar cuerpos de la fuerza pública que puedan intervenir, cuando sea necesario, de manera exclusiva en las manifestaciones sociales con plena observancia del respeto a los derechos humanos de los manifestantes y de los demás habitantes. Esos cuerpos especializados serán diferentes para las zonas rurales que para las zonas urbanas (Congreso de la República, 2020).

Lo anterior, no es otra cosa que la autorización legal con que se dota a la fuerza pública, para que la misma intervenga en la planeación de una protesta, aun cuando ni siquiera exista amenaza al orden público, y aunque, de hecho, la protesta ni siquiera hubiere iniciado.

La palabra vandalismo, se nombra al menos en diez ocasiones a lo largo del texto, presumiendo a priori, que toda protesta estará acompañada por actos vandálicos. Es así que, en la etapa del desarrollo de la manifestación, y con la finalidad de controlar actos de este tipo, el estado, representado por el Esmad, la Policía Nacional y el Ejército Nacional, “deberán emplear equipamiento y armamento no letal”, así mismo deberán “Emplear cámaras o cualquier mecanismo de vigilancia en el espacio público y privado para la plena identificación de quienes desarrollen actos de violencia o vandalismo” y “sancionar los actos de violencia o vandalismo ocurridos en las manifestaciones sociales que atenten contra la vida, honra de las personas y los bienes públicos y privados”. Así también, establece la prohibición de “la presencia de encapuchados o personas que no permitan su identificación”. (Congreso de la República, 2020). Siendo todas estas, medidas criminalizadoras y desconocedoras de la presunción de inocencia de los manifestantes.

En este sentido, cabe citar uno de los argumentos de la exposición de motivos de dicho proyecto:

No podemos desconocer, ni por un instante, que la manifestación social y pacífica, como cualquier derecho fundamental, cuenta con enemigos; unos externos y otros internos. Como sea, nadie puede tampoco desconocer que son los brotes de violencia de un grupúsculo de inescrupulosos, desadaptados y criminales habitantes quienes, con sus delincuenciales actuaciones echan a perder lo que con tanto esfuerzo y con patriótico sentido de superación comunitaria, tratan de alcanzar los organizadores y líderes de las manifestaciones pacíficas (cuando los hay) (Congreso de la República, 2019).

En suma, estamos frente a una regulación normativa, que claramente trata al manifestante como delincuente y en lo absoluto le brinda las garantías en pro de sus derechos, pues otorga al agente estatal, una amplia discrecionalidad para definir qué acciones pueden conllevar o no a aplicar sanciones “correctivas” o a hacer uso de la fuerza, sin mediar el diálogo y la concertación como medida inicial, y violando el principio ser el uso de la fuerza, la “última ratio” para reestablecer el orden público.

Sobre este Proyecto de Ley, cabe concluir que, si bien su contenido aborda el derecho a la protesta social, no cumple la finalidad esperada, pues en lugar de desarrollar el artículo 37° Constitucional, y ofrecer

derechos y garantías a los manifestantes, reprime de forma radical tal derecho, pues cada una de sus disposiciones, fue creada desde la óptica criminalizadora, que estigmatiza a la protesta social, como un acto ilegal y genera persecución contra quien la ejerce.

4. PRONUNCIAMIENTOS DE JUECES CONSTITUCIONALES SOBRE ACCIONES DE TUTELA

Los jueces constitucionales de tutela, han emitido pronunciamientos importantes en el marco de las manifestaciones, así en razón de su trascendencia e impacto territorial, se han traído las consideraciones más importantes de algunos de estos asuntos, tal como se expondrá a continuación.

En primer lugar, se hará referencia a la sentencia de tutela del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto (Nariño) del dieciséis de junio de dos mil veintiuno (2021), bajo ponencia del Juez John Alexander Hurtado Paredes. En cuyo caso, no se suministran los nombres del actor, por su propia seguridad, y son accionados: el Departamento de Nariño, el Municipio de Pasto, el Departamento de Policía de Nariño, la Policía Metropolitana de Pasto, el Ejército Nacional, el Batallón Batalla de Boyacá, la Defensoría del Pueblo Regional Nariño, la Procuraduría Regional de Nariño y la Personería Municipal de Pasto.

En dicho asunto, se narran varios hechos acontecidos en el marco del paro 28A, en la ciudad de Pasto (N), así, para efectos de ejemplificar, cabe mencionar uno de ellos:

La señora Daniela Estefanía López Jaramillo, participó en la marcha de las antorchas del día 29 de abril. Al citado evento llegaron policías en motos y comenzaron a seguir a los manifestantes. Cinco policías de sexo masculino, sin identificación alguna en sus chalecos o cascos, la interceptaron en vía pública y empezaron a agredirla en el piso. La señorita López tuvo una herida a la altura de la ceja izquierda, además heridas en la cabeza, en el oído y en la mano. Ese mismo día le suturaron las heridas de la cabeza y al otro día le realizaron cirugía plástica en la herida de la ceja. Además, resultó con fractura en su mano izquierda. Tuvo 2 días de hospitalización y 15 días de incapacidad médica (Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto, 2021).

Además, sobre dichos hechos, no existió monitoreo alguno por parte de los Entes de Control, tales como Defensoría del Pueblo, Personería y Procuraduría, aun cuando, las denuncias públicas fueron reiteradas entre la ciudadanía. Adicionalmente, en los hechos se manifiesta:

Informan que con el argumento de carecer de personal femenino al interior de la policía, se ha realizado requisas e inmovilizaciones de mujeres a manos de policías hombres que han incluido el uso de la fuerza y la violencia física. Asimismo, se ha conducido por la vía de la fuerza y la violencia a mujeres a centros de traslado por protección, sin presencia del Ministerio Público, y sin el registro necesario para la recolección de información, generando imposibilidad para la recolección de datos sobre las detenciones y la verificación de sus derechos: se observa la necesidad de adoptar protocolos especiales con enfoque diferencial de género (Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto, 2021).

Así, las cosas, estos hechos demuestran la eminente vulneración a mujeres en el marco de las protestas, cuya frecuencia, no es de carácter aislado y radica en la ausencia del enfoque diferencial y enfoque pro-mujeres.

En este sentido, por ejemplo, cabe mencionar que situaciones como “ser registrado por una persona del mismo sexo (art. 155 Código de Policía); o no ser detenido en el mismo sitio con personas del sexo opuesto (art. 155 Código de Policía) muchas veces no se están aplicando” (Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto, 2021).

Por todo lo anterior, en auto de admisión del 2 de junio de 2021 se decretó, entre otras, medidas de protección provisional como la expedición de directrices y/o protocolos provisionales para el respeto y la garantía del derecho a la protesta pacífica y la adopción de los protocolos para respetar la vida e integridad de todos los participantes en el marco del enfoque diferencial, y recuerda que el uso de la fuerza es el último recurso físico y que este se debe evitar al máximo y que no se puede usar armas de fuego para el manejo de protestas (Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto, 2021).

Cabe mencionar algunas de las consideraciones del Despacho para tutelar los derechos invocados mediante esta acción. Así, por ejemplo, sobre la ponderación entre el derecho a la protesta y la necesidad de

limitarlo mediante la fuerza en razón del restablecimiento del orden público, manifestó:

El “orden público” gira en función de la garantía por el respeto a la dignidad humana que es principio fundante del Estado en Colombia y del cual se derivan otros derechos y, por tanto, toda aquella preservación del status quo no puede anteponerse ni estar por encima del señalado precepto constitucional, so pena de resquebrar el sistema democrático (Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto, 2021).

Para lo anterior, y teniendo en cuenta la omisión legislativa en que se encuentra Colombia, la sala vio necesaria la creación de un protocolo dirigido a los miembros de las fuerzas armadas, quienes deberán aplicar el siguiente principio: “Toda intervención de las autoridades reconocerá, protegerá y garantizará los derechos de los niños, niñas, adolescentes, mujeres, población lesbiana, gay, bisexual, transgénero, transexual, travestí, intersexual y queer - LGBTIQ+, comunidades étnicas, personas mayores y en situación de discapacidad” (Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto, 2021).

Así mismo, sobre el uso de la fuerza aplicada de forma sistemática y generalizada sobre quienes no estén generando riesgo o alteración del orden público, o aun cuando ni siquiera hagan parte de dichas protestas, el Despacho indicó:

ha sido aplicada de forma indistinta, generando afectaciones a los derechos de la gran mayoría de los manifestantes que ejercen su derecho de manera pacífica, así como de los particulares que no participan en las diferentes manifestaciones, indicio que surge de lo señalado por la misma autoridad policial que aduce que se presentaron grandes movilizaciones con la participación de más de 5000 personas, razón por la cual no puede aceptarse el uso de tanquetas y cañones de agua en contra de todos los manifestantes y no solo del grupo focalizado que perturba no solo el orden público sino la manifestación misma (Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto, 2021).

De conformidad con lo anterior, el Juzgado resuelve tutelar los siguientes derechos fundamentales: “vida, salud, integridad personal, libertad de expresión, libre reunión y manifestación pacífica, debido proceso, libertad personal, dignidad humana, a no recibir tratos crueles ni degradantes, derechos políticos y a una vida libre de violencia,

de las mujeres” (Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Pasto, 2021).

De igual forma, es importante hacer referencia a lo plasmado en el fallo de tutela del Juzgado Segundo Administrativo de Pasto, del 03 de junio de 2021, en cabeza del Señor Juez Carlos Arturo Cuéllar de los Ríos, quien, en el presente caso, concede la tutela de los derechos fundamentales vulnerados, pues según la narración de los hechos, en el contexto del paro 28A, las autoridades de policía impidieron masivamente “realizar el acompañamiento jurídico necesario a las personas que se encontraban retenidos en las diferentes estaciones, en clara violación a su derecho de defensa y debido proceso” (Juzgado Segundo Administrativo, 2021). Así, en los hechos denunciados, se narra que retuvieron a más de quinientos menores de edad en un escenario deportivo, trasladándolos en camiones, camionetas y carros de la policía nacional sin el debido protocolo de seguridad y salubridad, razón por la cual, el Juzgado definió el alcance del derecho a la protesta social, en los siguientes términos:

la libertad de expresión facilita la democracia representativa, la participación y el autogobierno de cada nación, pues mantiene abiertos los canales para el cambio político e impide que los gobernantes se arraiguen indefinidamente a posturas ilegítimas. Este debate político amplio y abierto mejora la calidad de las políticas públicas al incluir a todos los sectores de la sociedad en los procesos de decisión y desarrollo, previniendo los abusos gubernamentales de poder, presentándose como un verdadero contrapeso (Juzgado Segundo Administrativo, 2021).

De otra parte, sobre los pronunciamientos de las autoridades accionadas que pretenden respaldar el actuar de la fuerza pública en salvaguarda del orden público, el Despacho afirmó, que no es posible que ante la ocurrencia de alteraciones a la seguridad, las autoridades actúen indiscriminada y desproporcionadamente, pues el uso de la fuerza será la última instancia a la cual podrán acudir los uniformados, caso excepcional en el cual: “su ejercicio debe ser focalizado en conjurar cualquier peligro grave contra los derechos de los demás ciudadanos, sin que se afecte el derecho de los ciudadanos que deciden manifestarse de manera pacífica”. Esto, por cuanto el orden público, no es un valor en sí mismo, si no, un valor subordinado a la dignidad humana, por lo que “la preservación del orden público lograda mediante la supresión

de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático” (Juzgado Segundo Administrativo, 2021).

Así las cosas, el Despacho recordó que la actividad de policía se deberá ejercer de manera preventiva o correctiva y no represiva pues “el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público” (Juzgado Segundo Administrativo, 2021).

Como resultado, el Juzgado, concedió la tutela de los derechos fundamentales impetrados y ordenó entre otras medidas de reparación, las siguientes:

Al Municipio de Pasto y a la Policía Metropolitana de la ciudad para que ajusten su normatividad y actuar a lo contenido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STC7641-2020 de 22 de septiembre de 2020 y al Decreto 003 de 2021 del Gobierno Nacional. (Cuyo contenido se abordará a continuación).

A las autoridades accionadas para que dialoguen, construyan y aprueben un protocolo de intervención policial en momentos de alteración del orden público en medio de las manifestaciones y protesta social (...)

Al Municipio de Pasto y a la Policía Metropolitana de Pasto a que directamente y través de su representante legal presente excusas públicas utilizando un medio de comunicación masivo (...)

A la Policía Metropolitana de la ciudad de Pasto para que, en lo sucesivo dentro del marco de la protesta social, identifique, focalice y diferencie el uso de la fuerza legítima del Estado (...) (Juzgado Segundo Administrativo, 2021).

Ahora bien, finalmente, pero no con menor importancia, se hará referencia a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STC7641 del 22 de septiembre de 2020, con Magistrado Ponente Dr. Luis Armando Tolosa Villabona, mediante la cual se decide sobre la impugnación interpuesta frente a la sentencia de 23 de abril de 2020, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, promovida por 49 personas contra el Presidente de la República, los Ministros de Defensa e Interior, la Alcaldía Mayor de Bogotá, el Director General de la Policía, el Comandante General de la Policía Metropolitana de

esta ciudad, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

Los reclamantes narran un compilado de hechos, donde el accionar de la fuerza pública, en manifestaciones llevadas en Colombia entre los años 2005 y 2019 (especialmente), es excesivamente violento y generó innumerables daños, razón por la cual, solicitan la protección de los siguientes derechos: protesta pacífica, participación ciudadana, vida, integridad personal, debido proceso, no ser sometidos a desaparición forzada, y a las libertades de expresión, reunión, circulación y movimiento. Así, sobre dichas conductas, cabe destacar lo afirmado por los accionantes:

Entre los comportamientos que los actores identifican como violatorios, se encuentran: (i) intervención sistemática, violenta y arbitraria de la fuerza pública en manifestaciones y protestas; (ii) “*estigmatización*” frente a quienes, sin violencia, salen a las calles a cuestionar, refutar y criticar las labores del gobierno; (iii) uso desproporcionado de la fuerza, armas letales y de químicos; (iv) detenciones ilegales y abusivas, tratos inhumanos, crueles y degradantes; y (v) ataques contra la libertad de expresión y de prensa (Corte Suprema de Justicia, 2020).

Sobre el fallo inicial, el *a quo* negó el auxilio, pues según el Despacho, los eventos de transgresión a derechos carecían de respaldo probatorio y por haberse incumplido la subsidiariedad. En razón de lo cual, la Corte Suprema de Justicia, estudió la impugnación interpuesta por los accionantes, valoró el acervo probatorio y realizó consideraciones importantes para este trabajo de investigación, que se expondrán a continuación.

Sobre las características de los eventos represivos a la protesta en Colombia y la consecuente violación de derechos humanos, se ha dicho a lo largo de este artículo, que su naturaleza es de carácter **sistémico y general**, así pues, esta sentencia define ambas características como presupuestos básicos de conductas que conllevan a la comisión de delitos de lesa humanidad.

Así pues, la sistematicidad hace referencia a “una pluralidad de víctimas de las transgresiones”; y la generalidad “a la naturaleza organizada de los ataques, al punto de no resultar aislados o coincidentes”

(Corte Suprema de Justicia, 2020). Características que para el Despacho han sido evidentes en su valoración de los hechos, ya que:

Entre los comportamientos que, según los promotores, identifican las aludidas prácticas, se encuentran: (i) intervención sistemática, violenta y arbitraria de la fuerza pública en manifestaciones y protestas; (ii) “*estigmatización*” frente a quienes, sin violencia, salen a las calles a cuestionar, refutar y criticar las labores del gobierno; (iii) uso desproporcionado de la fuerza, armas letales y de químicos; (iv) detenciones ilegales y abusivas, tratos inhumanos, crueles y degradantes; y (v) ataques contra la libertad de expresión y de prensa. (Corte Suprema de Justicia, 2020).

En razón de lo cual, es posible asegurar cumplidos los preceptos de violación de derechos humanos y comisión de delitos de lesa humanidad por parte del Estado Colombiano y especialmente de la fuerza pública, quien se ha encargado de ejecutar actos de gran reproche nacional e internacional, aun cuando, como señala la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2013:

Los “límites de la actividad de policía consisten en: (...) (3) tomar las medidas necesarias y eficaces para cumplir con su tarea y utilizar la fuerza únicamente cuando sea indispensable, (...); (4) adoptar medidas proporcionales y razonables en relación con las circunstancias y el fin perseguido; (5) el poder de policía es inversamente proporcional con el valor constitucional de las libertades afectadas; (6) debe ejercerse para preservar el orden público en beneficio de las libertades y derechos ciudadanos y no puede traducirse en una limitación absoluta de los mismos; (7) no puede llevar a discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la sociedad; (8) la policía debe obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

Así pues, para el Despacho, la finalidad de la represión, consistente en causar desconfianza y temor al ejercer el derecho a la protesta, se cumple, pues es real la preocupación de los manifestantes de ser agredidos sin justificación alguna, ya que la fuerza pública “no refleja capacitación ni mesura en sus actos y, menos aún interés el salvaguardar la integridad de las personas con sus armas de dotación” (Corte Suprema de Justicia, 2020)

En este sentido, la Honorable Corte, hace referencia a la arbitrariedad de la fuerza pública para disolver las protestas en razón de la

alteración al orden público, ante lo cual, define que dicha arbitrariedad tiene unos límites, pues “las alteraciones deben ser graves” lo cual implica una transgresión intensa de un derecho de mayor importancia constitucional. Así, afectaciones leves como los ruidos, las molestias y la incomodidad causadas por las manifestaciones, no pueden ser razón suficiente para tomar la medida de disolverlas (Corte Suprema de Justicia, 2020).

Lo cual, claramente indica, que la medida de disolución o intromisión a la protesta por parte de la Policía o el Esmad, deberá ser completamente necesaria y tendrá que ser evaluada con el cuidado de los presupuestos indicados anteriormente, siendo esta, al igual que el uso de la fuerza (racional), la última medida existente.

Por todo esto, y una amplia argumentación fáctica de la sentencia, la Sala, concluyó como acreditados los cargos de los tutelantes y menoscabados sus derechos fundamentales, lo cual claramente desconoce los postulados de la democracia y el Estado de Derecho, dado que:

más que evidenciar una situación sistemática de violación de las prerrogativas constitucionales por algunos agentes del Esmad en el uso excesivo y desproporcional de la fuerza, trasciende negativamente a un contexto colectivo, pues mina la confianza de los ciudadanos hacia el actuar de la institución de la policía, particularmente, cuando ésta, en defensa del orden público, se comporta desmedidamente y sin control en contra de las personas que ejercen los derechos de reunión y manifestación pública, pacífica y no violenta. (Corte Suprema de Justicia, 2020)

En suma, la Sala revoca la sentencia impugnada e imparte, entre las más importantes ordenes, las siguientes: A los encausados que, en lo sucesivo, se abstengan de incurrir en conductas como las que dieron lugar a esta acción, al Ministro de Defensa que, proceda a presentar disculpas por los excesos de la fuerza pública, en especial, aquéllos cometidos por el Esmad, a los Escuadrones Móviles Antidisturbios de la Policía Nacional y a cualquier institución que efectúe “actividades de policía” que, suspenda el uso de las “escopetas calibre 12”, hasta tanto el *a quo* constitucional, previa verificación exhaustiva, constate la existencia de garantías para la reutilización responsable y mesurada de dicho instrumento. y al Gobierno Nacional - Presidente de la República que, proceda a:

1. Expedir un acto administrativo en el cual ordene a todos los miembros de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, mantener la neutralidad cuando se produzcan manifestaciones no violentas. (...)
2. Convocar y conformar una mesa de trabajo para reestructurar las directrices relacionados con el uso de la fuerza frente a manifestaciones pacíficas, para que escuche y atienda los planteamientos, no sólo de los aquí accionantes, sino de cualquier persona interesada en el tema (Corte Suprema de Justicia, 2020).

Ahora bien, en cumplimiento de las órdenes impartidas en el fallo anterior, el 05 de enero de 2021, el Presidente de la República, expidió el Decreto 003 de 2021, por medio del cual se expidió el Protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado “ESTATUTO DE REACCIÓN, USO Y VERIFICACIÓN DE LA FUERZA LEGÍTIMA DEL ESTADO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA PACÍFICA CIUDADANA” el cual, como indicaba la sentencia de impugnación de tutela, contiene el protocolo de acciones preventivas, acciones concomitantes y acciones posteriores en el marco de la protesta social pacífica, y cuyos argumentos deberían tener en cuenta las directrices y recomendaciones jurisprudenciales sobre el uso de la fuerza por parte de la fuerza pública, entre otros temas relevantes.

No obstante, al parecer, los compromisos asumidos en esta disposición son letra muerta, pues mediante decisión ATC722-2021 del 27 de mayo de 2021, el Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, resolvió mediante el decreto de pruebas, el incidente de desacato y la solicitud de cumplimiento del fallo STC7641. Ya que los accionantes señalan que desde el inicio del Paro Nacional 28A, se desconocieron las órdenes impartidas en el mismo, pues el Presidente de la República, la fuerza pública, la fiscalía y entes de control, estigmatizaron y reprimieron los procesos de movilización y buscaron desvirtuar la esencia de la protesta social, además establecieron que el Decreto 003 de 2021 “no modifica sustancialmente ningún aspecto de la actuación de la Policía Nacional en manifestaciones” (Corte Suprema de Justicia, 2021), razón por la cual el Magistrado Ponente solicitó a los accionados, presenten informes sobre los resultados esperados, necesarios para determinar el incumplimiento de los compromisos, cuyo resultado confirmará la negligencia del Estado en regular el derecho fundamental a la protesta, y más allá de eso, en asegurar su materialización.

5. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado, se ha referido al derecho a la protesta social, entre otros contextos, en el de la reparación directa de víctimas que reclaman el perjuicio ocasionado por agentes de la fuerza pública. Y aunque se trata de un reducido número de pronunciamientos en comparación con lo desarrollado por la Corte Constitucional, resulta conveniente conocer algunos de los argumentos del tribunal supremo de lo contencioso administrativo para condenar al Estado Colombiano, y en ese sentido, determinar qué tan garantista o no, es dicha institución jurisdiccional.

En primer lugar, cabe resaltar lo dicho por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuya decisión, condena a la Nación y al Ministerio de Defensa, por atentar contra la vida e integridad de varios campesinos, quienes en mayo de 1988 organizaron una marcha hacia la ciudad de Bucaramanga a fin de enterar a las autoridades de los problemas graves que los aquejaba; momento en el cual, miembros del Ejército disparan sobre la población, arrojando como resultado nueve muertos y veintisiete heridos, entre quienes figura la demandante. Sobre las consideraciones, cabe resaltar lo siguiente:

Para casos como el presente la Sala recuerda que en un régimen democrático es normal que los ciudadanos exterioricen sus inconformidades desfilando, protestando, gritando, etc. La democracia, como lo recuerda Norberto Bobbio, se funda no sobre el consenso, sino sobre el disenso. Sólo allí donde éste es libre de manifestarse, es real, y sólo allí donde es real, el sistema puede considerarse, con todo derecho, como democrático. Por ello se enseña que existe una relación necesaria entre democracia y disenso (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 1993).

Del mismo modo, cabe resaltar lo dicho por la misma sección, subsección B, el 28 de septiembre de 2013, en el trámite de apelación de acción de reparación directa en la cual se reclamaron los perjuicios materiales y morales ocasionados a Lizzie Ibeth Zúñiga Monroy, al ser alcanzada en el rostro por un artefacto de dotación oficial que contenía gas lacrimógeno, causando daños físicos, funcionales y psicológicos. Dicho daño, se produjo en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas en el contexto de una protesta que causó el enfrentamiento en-

tre algunos particulares y la Policía Nacional, momento en el cual, la estudiante se disponía a marcharse a su casa.

Sobre el entendido, el Despacho revoca la sentencia de primera instancia y dispone declarar a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional responsable administrativa y patrimonialmente, entre otras, por la siguiente razón:

El daño causado a la estudiante con un arma de dotación oficial utilizada por la fuerza pública en el ejercicio de sus funciones, sumado al desconocimiento de las reglas establecidas para el manejo adecuado de las armas por parte de agentes de la Policía Nacional, constituyen la causa eficiente del daño aducido en la demanda y, por tanto, comprometen la responsabilidad de la entidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 2013).

Ahora bien, conviene resaltar el argumento de esta sentencia, referente a la decisión proferida en el proceso penal contra el servidor que ocasionó el daño, y la posible incidencia de esta, sobre la demanda de reparación directa adelantada ante la jurisdicción contencioso-administrativa para resarcir los daños de la conducta antijurídica. Así, la sentencia establece:

En consecuencia, aunque en el caso concreto se hubiera proferido en el proceso penal decisión definitiva, favorable a los intereses del servidor público, dicha decisión no impide que se valore esa misma conducta para establecer si la misma fue o no constitutiva de falla del servicio, es decir, que a pesar de que para el juez penal el servidor estatal no fue penalmente responsable del daño, podrán valorarse las pruebas que obren en este proceso, incluida esa decisión, para establecer si el daño sufrido por los demandantes es imputable al departamento de Caldas y si, además, el título de imputación es el de falla del servicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 2013).

En igual sentido, la sentencia de la sección tercera, subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expuso:

En cuanto al proceso penal adelantado por los hechos que dieron origen a la presente acción, la Sala debe apartarse del criterio que dio punto final a esa investigación y lo hace por fuerza de lo que el análisis y valo-

ración de lo que los diferentes medios probatorios allegados a este proceso indican, aunado al criterio reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, según el cual la sentencia penal no genera efectos de cosa juzgada respecto del proceso contencioso administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 2017).

Lo anteriormente expuesto en ambas providencias, permite concluir que en nada incide lo resuelto por la justicia penal ordinaria o penal militar, en la esfera de la búsqueda de reparación de daños, en los términos de responsabilidad del artículo 90 constitucional.

Ahora bien, en cuanto a la imputación fáctica de la última sentencia, estamos frente al proceso de reparación por la muerte del estudiante Jhonny Silva Aranguren, en hechos ocurridos en septiembre de 2005 en el desarrollo de manifestaciones universitarias, donde miembros de la fuerza pública ingresaron a la institución, se dirigieron hacia los estudiantes y procedieron a agredir y a detener a las personas, momento en el cual, el estudiante recibe un disparo y fallece (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A 2017).

En este caso, la Sala encontró que “el despliegue de fuerza realizado por el Esmad de la Policía Nacional fue excesivo, injusto y, por lo mismo, antijurídico, pues, al hacerlo en la forma como se ha visto ocurrió, produjo la muerte violenta de un estudiante y la lesión a otra persona”. Así, la providencia hace referencia a los principios de **legalidad, necesidad, proporcionalidad y precaución** y considera este caso como una violación grave a los Derechos Humanos.

Por estas razones, el fallo dispone medidas indemnizatorias y acciones adicionales de protección que buscan impedir que las transgresiones se repitan, así, se ordenó que en el término de dos meses, los demandados implementen en los escuadrones del Esmad un curso de formación integral en garantía y protección de Derechos Humanos, la publicación de la decisión y además, se ofició a la Fiscalía General de la Nación, para que, estudie la posibilidad de reabrir las respectivas investigaciones (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A 2017).

Ahora bien, respecto de los criterios mínimos para considerar irrumpir e intervenir en el desarrollo de una protesta, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, recordó que la Constitución no determina estos justificantes, si no que otorgó al legislador, la facultad de regular dichos criterios. Así, serían los jueces, quienes tendrían la obligación de determinar qué limitaciones son adecuadas para cada caso en concreto “mediante la creación de fórmulas de equilibrio que permitan conciliar el libre ejercicio del derecho y el orden público, y armonizar los conflictos del derecho de reunión y manifestación con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 2013).

Así, en el caso objeto de estudio, comunidades indígenas del Departamento del Cauca, obstruyeron la vía panamericana, razón por la cual, la policía departamental reaccionó de forma desmedida, y desalojó violentamente a la multitud aglomerada en el sitio, para lo cual hizo uso de tanquetas y armas de fuego. Hechos que llevaron a este Despacho a declarar a la Policía Nacional administrativamente responsable de las lesiones ocasionadas a los accionantes, y condena al pago de perjuicios morales y materiales.

Sobre las consideraciones expuestas por la Sala para tomar dicha decisión, cabe resaltar lo siguiente:

Generalmente las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión y manifestación se encuentran vinculadas al mantenimiento del orden público. Con el fin de evitar posibles arbitrariedades se han establecido criterios para calificar las hipótesis de hecho en las cuales se justifica disolver o impedir el desarrollo de una reunión. En líneas generales estos criterios deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes. Por lo general, es insuficiente un peligro eventual y genérico, un simple temor o una sospecha. La naturaleza del derecho de reunión, en sí mismo conflictivo, no puede ser la causa justificativa de normas limitativas del mismo. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A 2017).

En igual sentido, el mismo Despacho, reitera en sentencia de Reparación Directa, la importancia de los principios de necesidad y racio-

nalidad en el uso de la fuerza pública para conservar el orden público, y sobre ello, establece lo siguiente:

En los casos en los que se presenten disturbios en las protestas, el Estado, a través de sus autoridades, debe mantener el orden público, atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad, respetando y garantizando los derechos fundamentales de todos los manifestantes. En ese orden de ideas, para la Sala no son de recibo los argumentos planteados por la Policía Nacional, pues el hecho de que un ciudadano ejerza su derecho a la manifestación pública, no significa que la misma tenga un carácter violento, per se, y que, en caso de generarse enfrentamientos con los miembros del Esmad, los participantes de las movilizaciones deban soportar los daños generados por el uso excesivo de la fuerza, en tanto que, como ya se explicó, el derecho a la manifestación está protegido jurídicamente y el Estado, en los casos de alteración del orden público, está llamado a garantizarlo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 2019).

Situación parecida sucede en el pronunciamiento de la misma Sección y Subsección, en el cual, la consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico, declara a la Policía Nacional administrativamente responsable de las lesiones ocasionadas por el Esmad a dos menores en sus ojos, cuando se encontraban en una manifestación estudiantil en Manizales.

Sobre dicha decisión y en general sobre las estudiadas hasta el momento, cabe inferir, que para el Consejo de Estado, resulta irrelevante determinar la autoría del causante del daño, toda vez que “solo exige que el daño se produzca en el marco de un enfrentamiento en el que estén involucradas fuerzas estatales” y en tal sentido, la obligación de indemnizar es producto de la posición de garante que tiene el Estado, frente a los ciudadanos y las cargas públicas que ellos no tendrían por qué soportar; es decir que “la responsabilidad predicable respecto del ente demandado lo es a título del régimen objetivo del daño especial” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 2016).

En síntesis, sobre lo estudiado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, cabe resaltar la intención garantista de los pronunciamientos expuestos, pues en ellos, se definen y aplican principios de interpretación favorables al manifestante, como la legalidad, la necesidad, la proporcionalidad y la precaución, y limita de manera tajante la inter-

vención de la fuerza pública, estableciendo un criterio anti criminalización, que dispone que la protesta social per-se no puede ser considerada como violenta, lo cual es un claro criterio que aparta el uso injustificado de la fuerza y la violencia. Adicionalmente, se concluye que un fallo de la justicia penal ordinaria o de la justicia penal militar, en nada debe repercutir sobre el resultado de la acción de reparación directa, en la vía contencioso administrativa.

No obstante, lo analizado anteriormente también permite inferir, que el Consejo de Estado en el contexto de la reparación directa, no estudia a profundidad el derecho a la protesta social, pues en su lugar, se dedica a observar a detalle los hechos, las pruebas, el nexo causal y el daño antijurídico de cada caso en concreto, para finalmente establecer si existió falla en el servicio y la consecuente responsabilidad de reparar o no. Por esta razón, cabe reafirmar la limitada creación de fórmulas de equilibrio o criterios interpretativos que permitan la ponderación efectiva entre el derecho a la protesta social pacífica y el orden público.

CONCLUSIONES

La protesta social pacífica es un componente básico de todo Estado democrático, pues su libre ejercicio, permite dignificar y redefinir otros derechos fundamentales. En tal medida, la represión a este derecho, mediante la intervención violenta de la fuerza pública, la criminalización, la estigmatización, la penalización de conductas asociadas a la protesta y requerimientos como el aviso previo, no puede tener significado diferente que estar ante la presencia de un Estado restrictivo de derechos.

En este sentido, la actual crisis presentada en Colombia, es muestra del incremento de la desigualdad, la corrupción y la falta de garantías mínimas, que han llevado a la ciudadanía a organizar con cada vez mayor frecuencia, manifestaciones, movilizaciones y organizaciones sociales que pretenden hacer valer sus derechos y hacer ver la insatisfacción ante un gobierno sin criterio. Siendo esto, directamente proporcional, a la violación sistemática y generalizada de derechos humanos, y a la estigmatización del manifestante, como medios ilegales para repeler el ejercicio de este derecho. Lo anterior, ha quedado demostrado en los últimos meses, en los que el actuar violento de la fuerza pública, ha contado con el consentimiento del gobierno, pues se han implemen-

tado políticas que menoscaban el goce efectivo de este derecho, y más allá de eso, aprueban sin reproche, el uso de la violencia injustificada contra los más altos principios y valores constitucionales, como son la vida y la dignidad humana.

En suma, el Estado Colombiano pretende anular una de las más importantes formas de participación ciudadana, aun cuando existen garantías internacionales y constitucionales que lo respalden; frente a lo cual, los jueces constitucionales, vienen contribuyendo con sus pronunciamientos, en la formación de unos principios, reglas y criterios, que buscan garantizar el efectivo goce de los derechos humanos de quienes ejerzan el derecho a la protesta. Por otra parte, el Consejo de Estado como máximo garante de la justicia en la administración pública, tiene pendiente la labor de concretar o unificar jurisprudencia respecto de los criterios de interpretación en los casos de violaciones y daños antijurídicos sufridos en el contexto de la protesta social, con la finalidad de llevar a las víctimas, verdad, justicia y reparación y formar un entorno de seguridad jurídica respecto de este tipo de hechos. Igualmente, se hace un llamado al órgano legislativo, para que cubra el vacío normativo actualmente existente, y al hacerlo, tenga en cuenta lo hasta ahora establecido por el derecho internacional y la jurisprudencia, teniendo como máxima premisa, el efectivo goce del derecho a la protesta y el uso de la fuerza no letal (necesaria, proporcional y focalizada), como “ultima ratio” y no como medio de represivo de contención de la protesta, para lo cual, se hace necesaria, la transformación profunda de las instituciones pertenecientes a la fuerza pública y la revisión exhaustiva de sus protocolos de control del orden público. Finalmente respecto de la rama ejecutiva del poder público, los órganos de control y demás agentes del Estado, se requiere la conformación de grupos de diálogo permanente y la consecuente búsqueda de soluciones, la toma de decisiones que propendan por eliminar la estigmatización y la criminalización y el control efectivo de la información sobre eventos represivos violatorios de los derechos humanos, como forma de garantizar que la protesta social pacífica en Colombia, finalmente sea tratada como un derecho de carácter fundamental y constitucional y se reconstruya la confianza en la legitimidad del Estado.

REFERENCIAS

- Benavides, M y Martínez, A.C. (2019). Legalización de la represión a la protesta y movimientos sociales en América Latina. *Revista Científica CO-DEX*, 1 -30.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2016). *Los Estados Latinoamericanos frente a la protesta social*. Recuperado de https://www.cels.org.ar/protestasocial_AL/
- Cerosetenta y Bellingcat (2021, junio). *Cartografía de la violencia policial*. Recuperado de <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/la-geografia-de-la-violencia-policial/>
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.
- Congreso de la República de Colombia (2016, 29 de julio). Ley 1801. “Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia”. Bogotá D.C.
- Congreso de la República de Colombia (2020, 20 de julio). Proyecto de Ley 010 -2020. “Por medio del cual se dictan disposiciones sobre el Derecho Fundamental a la Salud”. Bogotá D.C.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (2020, 09 de noviembre). Sentencia 11001-03-24-000-2019-00517-00, C.P. Oswaldo Giraldo López.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (1993, 25 de febrero). Sentencia 7826, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (2017, 12 de junio). Sentencia 76001-23-31- 000-2007-01298-01(54046), C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B (2013, 28 de septiembre). Sentencia 25000-23- 26-000-2000-00948-01(27156), C.P. Danilo Rojas Betancourth.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (2014, 08 de abril). Sentencia 68001-23-15-000-2000-03456-01(29195), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (1993, 25 de febrero). Sentencia 7826. C.P. Julio César Uribe Acosta.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009, 28 de enero). *Caso Perozo y otros Vs Venezuela*, Juez Pier Paolo Pascer, San José de Costa Rica.

- Cortez, E. (2014). *Problemas candentes, respuestas a medias. Protestar es un derecho, reprimir es un delito*. Tlaquepaque, Jalisco: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, AC.
- Cruz, E. (2015). *El derecho a la protesta social en Colombia*. Bogotá D.C.: Pensamiento Jurídico No. 42.
- Cuestión Pública (2021, 02 de junio). *Los millonarios contratos de armas “no letales” para la Policía y el Esmad*. Recuperado de <https://cuestionpublica.com/los-millonarios-contratos-de-armas-no-letales-para-la-policia-y-el-esmad/>
- Cuestión Pública (2021, 09 de mayo). *Abuso policial y violencia: En memoria de a quienes hemos perdido durante las movilizaciones sociales*. Recuperado de <https://cuestionpublica.com/en-memoria-victimas-mortales-abuso-policial-violencia-movilizaciones-sociales/>
- Fundación Ideas para la Paz (s.f.). *¿Cómo se rige la protesta pacífica en Colombia? El ejercicio y la garantía de un derecho fundamental*. Bogotá D.C.
- Gargarella, R. (2012). *El derecho frente a la protesta social*.
- Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz - Indepaz (2021, 15 de junio). *Listado de las 70 víctimas de violencia homicida en el marco del paro nacional*. Recuperado de: <http://www.indepaz.org.co/victimas-de-violencia-homicida-en-el-marco-del-paro-nacional/>
- Juzgado Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto (2018). Sentencia 2016-00104. J.P. Marco Antonio Muñoz Mera.
- Kurtenbach, S. (2014). *DW. Diálogo, protesta, violencia y represión en Latinoamérica y Europa*. Recuperado de: <https://www.dw.com/es/di%C3%A1logo-protesta-violencia-y-represi%C3%B3n-en-latinoam%C3%A9rica-y-europa/a-17986343>
- Ministerio de Defensa (2021, junio). *Balance general paro nacional 2021*. Recuperado de: <https://twitter.com/mindefensa/status/1401904717232492548/photo/1>
- Ministerio de Hacienda (2021). Ley 594-2021 y 439-2021. *Proyecto de Ley de Solidaridad Sostenible por medio del cual se contempló medidas de reforma tributaria*. Bogotá D.C.
- Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado y Coordinación Colombia Europa Estados Unidos (2015). *Informe sobre protesta social y derechos humanos*.

- Organización de las Naciones Unidas (2012). Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación. *A/HRC/20/27*. Maina Kiai.
- Policía Nacional (s.f.). *Misión - Escuadrones Móviles Antidisturbios de la Policía Nacional - Esmad*. Recuperado de <https://www.policia.gov.co/especializados/antidisturbios>
- Pulzo (2021. 07 de junio). *Casos de "paramilitarismo urbano contra la protesta social" son denunciados ante la CPI*. Recuperado de: <https://www.pulzo.com/nacion/casos-paramilitarismo-urbano-contra-protesta-denunciados-cpi-PP1056644>
- Revista Semana (2021, mayo). *Fiscalía reconoce 14 muertes durante el paro nacional y 180 denuncias por presuntos excesos de la fuerza pública*. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/fiscalia-reconoce-14-muertes-durante-el-paro-nacional-y-180-denuncias-por-presuntos-excesos-de-la-fuerza-publica/202133/>
- Uprimny, R. y. (2010). *Derecho Penal y Protesta Social, ¿Es legítima la criminalización de la protesta Social?* Buenos Aires: Universidad de Palermo.

ESTRUCTURA DEL DERECHO FUNDAMENTAL INNOMINADO “A QUE SEA INTENTADO” A PARTIR DE LA SENTENCIA T-057 DE 2015

Evelint Mosquera Ceballos¹

Fecha de recepción: 22 de agosto de 2021

Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2021

Referencia: Mosquera, E. (2021). Estructura del derecho fundamental innominado “a que sea intentado” a partir de la sentencia T-057 de 2015. *Revista Científica Codex*, 7(13), 156-198.

RESUMEN

La Corte Constitucional en la Sentencia T-057 de 2015, en sede de revisión, reconoció la existencia del derecho fundamental innominado “a que sea intentado” a pacientes con diagnóstico de estado vegetativo persistente o de conciencia mínima, y sus familias, para garantizarles el acceso a alternativas médicas en etapa experimental cuando han agotado las opciones autorizadas contenidas en el Plan de Beneficios en Salud. Este nuevo derecho se edifica en los derechos fundamentales a la vida, la salud, la autonomía personal y la dignidad humana; y, si bien las alternativas experimentales no pueden ser financiadas con los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud debido a la falta de efectividad comprobada y el riesgo que estas suponen, su prestación y suministro resulta procedente cuando estas alternativas brindan una posibilidad de curación, recuperación o mejoría de su diagnóstico, tanto así que es susceptible de ser protegido mediante la Acción de Tutela.

1. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

Palabras clave: Derecho Fundamental, Derecho Innominado, Salud, Derecho a Intentarlo, Vida, Dignidad Humana, Tratamientos Experimentales, Ley Estatutaria de Salud.

ABSTRACT

The Constitutional Court in Sentence T-057 of 2015, in the seat of review, recognized the existence of the unnamed fundamental right “to try” to patients with a diagnosis of persistent vegetative state or minimal consciousness, and their families, to guarantee them the access to medical alternatives in an experimental stage when they have exhausted the authorized options contained in the Health Benefits Plan. This new right is built on the fundamental rights to life, health, personal autonomy, and human dignity; And, although the experimental alternatives cannot be financed with the resources of the Social Security System in Health due to the lack of proven effectiveness and the risk they pose, their provision and supply is appropriate when these alternatives offer a possibility of cure, recovery or improvement of its diagnosis, so much so that it is susceptible to be protected through a constitutional action.

Keywords: Fundamental Right, Unnominated Right, Health, Right To Try, Life, Human Dignity, Experimental Treatments, Statutory Health Law.

INTRODUCCIÓN

Las actuales sociedades democráticas le han conferido a los Estados el deber de garantizar el desarrollo y efectivo goce de los principios, valores y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política; sin embargo, el dinamismo de las sociedades y de quienes las componen terminan por desbordar los postulados ahí estatuidos, donde el principal reclamo es el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales para que sean puestos en disposición de la sociedad, los cuales si bien no se encuentran enlistados en los textos constitucionales sí están correlacionados con los allí consignados. De esta manera, los jueces y tribunales al abordar desde una perspectiva constitucional las demandas de la ciudadanía adquieren vital importancia por ser quienes han propendido por la actualización y contextualización del marco constitucional al reconocer en sus decisiones dichos derechos en aras

de efectivizar principios como la Dignidad Humana o la Igualdad Material, y derechos fundamentales tales como la Vida y la Salud de los ciudadanos.

Así, la Corte Constitucional en la Sentencia T-057 de 2015, en estudio a una acción de tutela, reconoció la existencia del derecho fundamental innominado “a que sea intentado”, cuyos titulares son pacientes con diagnóstico de estado vegetativo persistente o de conciencia mínima, y sus familias, quienes persiguen la prestación de un tratamiento médico experimental como la última opción médica o terapéutica de recuperación o mejoría en el diagnóstico. Partiendo de esta sentencia, el presente trabajo tiene como objetivo establecer el núcleo esencial de este nuevo derecho fundamental innominado, determinar su exigibilidad efectiva por parte del titular frente al Estado y examinar las posibles limitaciones que este pueda presentar con la Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015, con el fin de que este estudio sirva de herramienta orientadora para pacientes y sus familias, médicos, y personal judicial, en situaciones donde se encuentre inmersa la tutela judicial efectiva del derecho fundamental innominado “a que sea intentado”.

Para tales fines, se inicia con la construcción del derecho innominado fundamental “a que sea intentado” desde una perspectiva teórica y jurisprudencial, posteriormente se analiza su aplicabilidad dentro del marco de la Ley 1751 de 2015, y finalmente se estudia el comportamiento jurídico-coyuntural del derecho “a que sea intentado” en el ámbito internacional, tomando como referencias a Estados Unidos y Brasil, donde se observa cómo las ramas legislativa y judicial coadyuvan a la formación de este derecho, con el fin de proponer la estructura del derecho fundamental innominado dentro del contexto socio jurídico colombiano.

1. DERECHO FUNDAMENTAL INNOMINADO “A QUE SEA INTENTADO”: CONSTRUCCIÓN TEÓRICA Y JURISPRUDENCIAL

El derecho fundamental innominado “a que sea intentado” es una creación jurisprudencial de la Corte Constitucional desarrollado a la luz del artículo 94 constitucional y del mandato del artículo 2 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se faculta a esta corporación para dar prelación a

la revisión de sentencias de tutela referidas a derechos no señalados en la Constitución como fundamentales, comprendiendo que los derechos fundamentales son esenciales en un sistema democrático porque son inherentes a la persona humana y sin los cuales no se podría llevar una vida digna (Torres, 2008), si bien la mayoría de los derechos fundamentales se encuentran positivizados en un texto constitucional para darles una mayor protección frente al poder estatal dentro de un Estado Social de Derecho, el evolucionar de las sociedades hace evidente la existencia de otros derechos también fundamentales por ser inherentes al ser humano y estar fundamentados en la vida y la dignidad humana que se manifiestan con posterioridad a la promulgación del texto constitucional (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991).

Los derechos fundamentales innominados, de acuerdo con Torres (2008), se materializan en el sistema jurídico gracias al activismo judicial donde los jueces, como la Corte Constitucional de Colombia, crean el derecho a través de sus decisiones donde el precedente judicial actúa como regla de obligatoria observancia en el posterior actuar judicial; como quiera que los derechos fundamentales, desde su aspecto subjetivo, son una garantía de la libertad individual, defensa de los aspectos sociales y colectivos de subjetividad, mientras que desde el aspecto objetivo, su contenido debe dirigirse a la consecución de los fines y valores constitucionales. Es así que la cláusula de derechos innominados está llamada a “mantener el catálogo de derechos que contienen las diferentes Constituciones abierto, renovado y actualizado”² (Ferreira, 2011, p. 91) con el contexto social de cada país, aunque esta noción de derecho innominado resulta de una evolución teórica que en el continente americano tiene su primer esbozo en la Constitución de Filadelfia de 1787, principalmente en la Carta de Derechos de 1791 que no limitó los derechos de sus ciudadanos a los consagrados en ella (Carta de Derechos, 1791), acto que fue replicado dentro de las consti-

2. “En la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos, las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos “no enumerados” y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada” (Ferreira, 2011, p. 82).

tuciones por los nacientes estados latinoamericanos³ (Ferreira, 2011) e incluso por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que en el artículo 31 del Pacto de San José de Costa Rica, consigna la cláusula de derechos innominados con un procedimiento propio (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969).

La Corte Constitucional ha determinado jurisprudencialmente que para reconocer un nuevo derecho fundamental debe ser en primer lugar esencial para el ser humano, debe estar conexo a un derecho fundamental (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-406, 1992) y que sea de aplicación inmediata (Const., 1991), entre otros. Paz (2012) al efecto refiere como ejemplo de la aplicabilidad de estos criterios el Derecho a la Salud cuya exigibilidad inicialmente estaba supeditada a su conexidad con otros derechos de carácter fundamental, pues, constitucionalmente se encuentra como un Derecho Económico Social y Cultural que impedía su exigencia vía acción de tutela de manera autónoma; pero para la Corte Constitucional el criterio de conexidad no era suficiente para garantizar el bienestar e integridad de sus titulares, es por ello que la Corte en la Sentencia T-760 de 2008 aplicó el art. 94 constitucional determinando que el derecho a la salud es de carácter fundamental con una exigibilidad autónoma en virtud a su estrecha relación con principios y derechos como la Dignidad Humana y el derecho fundamental a la Vida (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-760, 2008). También ha reconocido la Corte Constitucional que cuando la titularidad del derecho recaiga sobre sujetos de especial protección constitucional este se constituye en un criterio a la hora de reconocer derechos fundamentales innominados (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-406, 1992).

Bajo este entendido, el derecho fundamental innominado “a que sea intentado” nace en la Sentencia T-057 de 2015 de la Corte Constitucional, en desarrollo de la “cláusula de derechos innominados”, con el fin de garantizar la prestación de un tratamiento en fase de experimentación con suficientes bases científicas a pacientes en estado vegetativo persistente o de mínima conciencia cuando estos no cuenten con nin-

3. Siendo así un primer ejemplo Argentina, que en el año 1813 en el proyecto federal denominado Plan de una Constitución liberal federativa para las Provincias Unidas de la América del Sur dispuso que: “La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será hecha para negar o desigualar los otros retenidos por el pueblo” (Ferreira, 2011, p. 75).

guna otra alternativa de tratamiento (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015).

El contexto es el siguiente: una paciente de 29 años queda en estado vegetativo a raíz de un accidente de tránsito, a quien su EPS ha brindado un tratamiento asistencial, cuyo médico tratante recomienda el tratamiento experimental de Estimulación Espinal Epidural Cervical que podría mejorar su diagnóstico y para el cual es buena candidata (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015). La EPS se opone firmemente a dicha prestación argumentando que ha suministrado a la paciente todos los medicamentos necesarios para su condición, ya que es “de mal pronóstico con pocas posibilidades de recuperar su estado de conciencia” (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015), que el tratamiento propuesto no cuenta con aprobación del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima o de alguna autoridad internacional, como una opción efectiva para los pacientes con ese diagnóstico en específico y que no cuenta con evidencia científica confiable de sus resultados en personas en estado vegetativo (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015).

La Corte Constitucional, en revisión de la tutela impetrada por el padre de la paciente con el fin de lograr la prestación del tratamiento experimental, reconoce el derecho fundamental innominado “a que sea intentado” a aquellos pacientes con diagnóstico de estado vegetativo persistente EVP o de estado de conciencia mínima ECM, y a sus familiares como sus titulares, siendo de carácter fundamental por estar conexo directamente con los derechos fundamentales a la Vida y a la Salud estimando que su desconocimiento puede generar un menoscabo en la Dignidad Humana del paciente ya que estas personas por su particular diagnóstico y prognosis se encuentran en una situación de indefensión manifiesta meritoria de una especial protección constitucional (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015). En este orden de ideas, para la Corte este nuevo derecho se configura bajo los siguientes requisitos: Que el paciente elegible se encuentre en estado vegetativo persistente o estado de mínima conciencia y no cuente con otra opción de tratamiento (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015). Que el médico tratante del paciente que diagnostique los estados clínicos expuestos y que recomiende u ordene un tratamiento de tipo experimental (Corte Constitucional, Sala Octa-

va de Revisión, T-057, 2015). Que el tratamiento médico experimental cuente con un grado mínimo de certeza en su seguridad y efectividad (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015). Que el paciente o su representante otorgue el consentimiento informado para la práctica del tratamiento (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015).

De los anteriores presupuestos abordaremos a continuación los dos últimos puntos; sin embargo cabe precisar que, si bien al médico tratante le compete ordenar una alterativa experimental de acuerdo a su criterio profesional, quien tiene la última palabra para autorizar o no su prestación son las Juntas de Profesionales de la Salud (Resolución 1328, 2016), quienes evaluarán la pertinencia de la prescripción, el sustento científico con el que fundamentan tal orden, así como que el paciente haya conferido el respectivo consentimiento informado (Resolución 1885, 2018)⁴.

1.1 Tratamiento médico de tipo experimental

Debe mencionarse que los anteriores requisitos corresponden a principios bioéticos y protocolos⁵ establecidos por comunidades médicas y científicas en el mundo para la investigación médica, donde el experimento debe realizarse con el fin de obtener resultados satisfactorios para la sociedad respetando el Derecho a la Integridad humana, la intimidad e información, y finalmente, la libertad del sujeto a terminar el experimento en cualquier momento (Ponce, 1995).

Este marco ha sido recopilado principalmente por la Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud, autoridad administrativa del

4. Todo ello debe constar en el aplicativo Mipres creado por el Ministerio de Salud y Protección Social para el efecto por cuanto el trámite a la luz de las Resolución 1328 de 2016 y la actual 1885 de 2018 es totalmente digital.

Sin embargo, cabe mencionar que la Resolución 1328 de 2016 sí contemplaba la prescripción de tratamientos o medicamentos experimentales (Resolución 1328, 2016), que daba aplicación a lo postulado por la Jurisprudencia Constitucional para su prestación, pero con su derogatoria quedó en el olvido la posibilidad de acceso que se brindaba y actualmente no ha sido desarrollada por ninguna de las disposiciones posteriores.

5. Los principios básicos bioéticos buscan dar contenido al esbozo moral que supone una declaración de valor y de la dignidad humana del individuo, cuya utilización como límites éticos en investigaciones biotecnológicas fueron por primera vez puestos en el Reporte Belmont, el cual previó un uso sistemático de principios: respeto a las personas, beneficencia y justicia en el abordaje de dilemas bioéticos (Rodríguez y Alvarez, 2016) mientras que para Ponce (1995) el primer esbozo de ellos fue en la Declaración de Helsinki de la Junta General de Asociación Médica Mundial en 1964.

Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 100, 1993), la cual contiene gran parte de la estructura médico científica en Colombia, donde se establecen las normas para las diversas investigaciones clínicas para proteger la dignidad humana del sujeto participante, los estudios en órganos, cadáveres o animales, las reglas en materia de bioseguridad, los recursos profilácticos de diagnóstico, terapéuticos y de rehabilitación, etc.; en este sentido, la mencionada Resolución define las investigaciones clínicas⁶ como “la secuencia de estudios que se llevan a cabo desde que se administra por primera vez al ser humano, hasta que se obtienen datos sobre su eficacia y seguridad terapéutica en grandes grupos de población” ⁷(Resolución 8430, 1993) para su autorización por el Invima y posterior comercialización y/o suministro en el sistema de salud.

Inicialmente, resulta razonable que el Sistema de Salud no tuviese que asumir costosos tratamientos experimentales de los que poco se conoce y pueden resultar peligrosos para el paciente, sin embargo, hay eventos donde estos tratamientos experimentales pueden ser una esperanza de recuperación en ciertos diagnósticos desoladores cuando no existen opciones de tratamiento acreditadas, muy a pesar de que “su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente” (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-819, 1999; Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-597, 2001; Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-1330, 2005; Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-180, 2013), cuyo estudio cuenta con la suficiente información técnica y científica para que médicos recomien-

-
6. El Tratamiento Experimental tiene dos etapas de desarrollo: Ensayo clínico e Investigación clínica, el primero tiene como finalidad el verificar una hipótesis acerca de la eficacia de una intervención biomédica; mientras que el segundo tiene como objeto probar la eficacia de un determinado tratamiento o droga mediante su administración a un sujeto o a un grupo de sujetos de acuerdo con una investigación previa que respalde la seguridad de la experimentación en humanos (Ciruzzi, 2011).
 7. Los tratamientos experimentales tienen cuatro fases de desarrollo: La Fase I se lleva a cabo en un grupo de voluntarios sanos con el fin de estimar la toxicidad de la nueva sustancia y determinar las dosis que el ser humano puede tolerar. La Fase II se lleva a cabo con un reducido número de enfermos para confirmar la eficacia terapéutica de la sustancia y evaluar la relación riesgo/beneficio que presenta, también se analiza el mejor medio para administrar la sustancia en estudio. La Fase III incluye a un gran número de pacientes que padezcan la enfermedad en estudio con el fin de demostrar la actividad terapéutica del medicamento, las características de los pacientes que se van a beneficiar en particular, apreciar la necesidad de adaptar las dosis a cada tipo de paciente, estimar la duración óptima del tratamiento e identificar sus interacciones con otros medicamentos. La Fase IV corresponde con la denominada fase de “farmacovigilancia” donde se controlan los efectos a largo plazo del tratamiento a fin de detectar sus posibles efectos secundarios y confirmar la validez del proceso anterior (Ciruzzi, 2011).

den el uso de dicha alternativa experimental a sus pacientes por existir reales posibilidades de recuperación o mejoría con su uso, por lo que su prestación resulta procedente en aras de proteger el derecho a la vida y la salud, específicamente el acceso al servicio de recuperación de la salud tomando en consideración los costos que implique dicho tratamiento (Duque, 2018)⁸.

1.2 Consentimiento informado del paciente o su representante legal para el uso del medicamento o tratamiento

En materia de consentimiento informado, la Resolución 8430 de 1993 determina que este es un mecanismo mediante el cual una persona, sujeto de investigación, acuerda participar en un estudio o investigación (Resolución 8430, 1993) o, según lo expone Duque (2018), decide colocarse o no en una situación de riesgo o incertidumbre amparado en la única certeza de que la terapia o medicamento e investigación “tiene bases prácticas y teóricas que permiten constatar que no se trata de una intervención terapéutica improvisada o temeraria” (Duque, 2018, p. 155), por lo que requiere que el sujeto conozca previamente y de manera clara el objetivo de la investigación, los procedimientos a los que será sometido, beneficios y ventajas, efectos adversos, y demás datos del proceso de investigación (Resolución 8430, 1993); todo ello para efectivizar el derecho a la información del paciente que constituye un “elemento fundamental del derecho a la salud” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-313, 2014).

Así, según la mencionada Resolución 8430 de 1993 y la Resolución 2378 de 2008, para que el consentimiento informado sea válido requiere que este sea otorgado por escrito, de manera libre y voluntaria (Resolución 2378, 2008), y debe anexarse la información que habilita la fase de investigación clínica así como la descripción de estudio, entre otros⁹; estos requisitos le brinda al consentimiento el carácter de cali-

-
8. La Corte Constitucional en Sentencia T-001 de 2018 realiza un análisis similar acudiendo a este mismo argumento cuando se prescribe un medicamento para un uso diferente al autorizado por el Invima pero del que existe evidencia científica suficiente sobre su efectividad y seguridad que hace viable tal prescripción (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-001, 2018).
 9. El consentimiento debe ser elaborado por el investigador principal y revisado por el Comité Ético de la institución donde se realiza la investigación, contar dos (2) testigos debidamente identificados incluida su dirección y la relación con el sujeto, además de las respectivas firmas de los testigos y el participante o su representante; los consentimientos de los participantes debe ser conservados en el archivo y son objetos de actualización constante (Resolución 2378, 2008).

ficado y conlleva un deber de verificar el estado mental del sujeto participante, o su representante, durante la duración de la investigación con el fin de no viciar el consentimiento (Duque, 2018). Todos estos requisitos responden, según Rodrigues y Álvarez (2016), a la protección progresiva de la autonomía individual¹⁰ de las personas o como el derecho al respeto de sus decisiones básicas vitales lo que, incluso, suponen un derecho a equivocarse a la hora de hacer uso de su propia escogencia personal evitando injerencias de terceros o el Estado. Sin embargo, Yang (2015, citado por Rodrigues y Álvarez, 2016) cree que la autonomía de la voluntad debe vincularse al intentar de todos los modos posibles a permanecer vivo, así sea con el uso experimental de una sustancia a pesar de no tener comprobado sus efectos, es así que la autonomía, la dignidad humana y el derecho a la vida reclaman por el derecho a intentar.

En suma, se puede afirmar que el derecho fundamental innominado a que sea intentado fundamenta su núcleo esencial en los Derechos Fundamentales a la Vida, la Salud, la Autonomía Personal y la Dignidad Humana, lo que constituye para el paciente la posibilidad de luchar por salvar o mejorar su calidad de vida mediante el uso de tratamientos experimentales siempre y cuando se respeten los parámetros señalados por la Corte: paciente con diagnóstico específico, médico tratante que haya hecho el diagnóstico, tratamiento experimental y el consentimiento informado cualificado.

2. LIMITACIÓN DEL DERECHO “A QUE SEA INTENTADO” CON RESPECTO A LA LEY ESTATUTARIA EN SALUD, LEY 1751 DE 2015

La Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria en Salud, expresa que el sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías estructuradas sobre una concepción integral de salud que incluya su promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas, pero advierte que

10. Así, se debe proteger la autonomía individual a nivel privado y a nivel público, con relación en todas las instituciones sociales y estatales que históricamente han trabajado como limitante de la libertad personal. En la biomedicina este proceso se viene expresando como una transformación en relación con la posición, hasta entonces pasiva, del paciente o sujeto de experimentación, considerados como individuos sin capacidad para decidir el qué o cómo tratar su cuerpo enfermo, su vida y su muerte (Rodrigues y Álvarez, 2016).

no se podrá destinar recursos públicos para financiar servicios y tecnologías, entre otros, a aquellos en fase de experimentación dado a la incertidumbre en sus efectos y peligrosidad (Ley 1751, 2015), así como la racionalización de los recursos del Sistema de Salud que supone inviable el consumo considerable de recursos en condiciones de baja efectividad esperable en beneficio de un paciente en particular en detrimento de otras opciones más efectivas para la comunidad (Ciruzzi, 2011).

Sin embargo, según se expone en la Sentencia C-313 de 2014, esta prohibición resulta desproporcionada cuando está en juego la vida y la salud de un paciente y puede ser inaplicable en razón de la orden de un juez de tutela cuando se requiere proteger el derecho fundamental a la salud (Corte Constitucional, Sala Plena, C-313, 2014). En efecto, en la Sentencia T-1330 de 2005 la Corte estableció que:

En determinados eventos la prohibición absoluta del financiamiento de actividades, procedimientos, medicamentos e intervenciones experimentales con recursos provenientes del sistema puede resultar desproporcionada y por lo tanto vulneradora del derecho a la salud... no sólo cuando esté en riesgo la vida del peticionario sino también cuando existan reales posibilidades de recuperación o de mejoría. Por lo tanto, corresponde a los jueces de tutela ponderar los diversos supuestos fácticos y jurídicos en juego en cada caso concreto, tales como el costo de la prestación solicitada, la información científica disponible, así como de los diversos principios señalados por la jurisprudencia constitucional, entre ellos el principio de justicia que supone la igualdad del acceso de la población a los beneficios de la ciencia (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-1330, 2005).

Es así que la Sentencia T-057 de 2015 consolida el acceso a los tratamientos experimentales a favor de los pacientes en EVP o ECM cuando estos ofrezcan una razonable probabilidad de mejoría o curación, prestados a través del Sistema de Salud colombiano (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión T-057, 2015), teniendo en cuenta que la limitación instituida por el artículo 15, literal e de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 no es aplicable en el ámbito del derecho fundamental innominado “a que sea intentado” por cuanto la no prestación de estos tratamientos pueden implicar el deterioro de la salud y de la calidad de vida del paciente por la falta de acceso real y continuado a los avances

de las ciencias médicas y terapéuticas en orden a proteger el derecho fundamental de la salud de los pacientes (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-586, 2013). Por tal razón, y teniendo en cuenta su carácter fundamental, su tutela judicial efectiva se concreta en la acción de tutela del artículo 83 constitucional en la medida que en la acción se respete lo establecido en la Sentencia T-057 de 2015, que el uso del tratamiento ofrezca una razonable posibilidad de recuperación, se pondere los diversos supuestos fácticos y jurídicos, el costo de la prestación solicitada y la información científica disponible (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-597, 2001).

3. COMPORTAMIENTO COYUNTURAL Y JURÍDICO DEL DERECHO “A QUE SEA INTENTADO” EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El derecho fundamental “a que sea intentado” si bien es un concepto novedoso en el ordenamiento jurídico nacional al surgir de manera jurisprudencial en año 2015 (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015), no sucede lo mismo en el panorama internacional, por lo que a continuación se aborda su desarrollo en los Estados Unidos y en Brasil con el fin de realizar la respectiva comparación con el caso.

3.1 Right to try: Caso estadounidense

Para abordar este tema es necesario exponer brevemente cómo funciona el sistema de salud estadounidense antes de pasar al desarrollo del right to try, advirtiendo que en este contexto la salud no existe como derecho humano fundamental, social o colectivo. En efecto, de la Constitución de Filadelfia de 1787, y especialmente la Declaración de Derechos de 1789, no desprende de su catálogo de derechos o ‘libertades’ el derecho a la salud propiamente, aunque debe resaltarse que la Enmienda V que hace referencia a la garantía del Debido Proceso y la Enmienda IX que consagra la cláusula de derechos innominados resultan de fundamento al right to try.

Constitucionalmente, la Unión Americana ha centrado sus esfuerzos en el desarrollo, establecimiento y consolidación de libertades individuales para ciudadanos americanos, pasando a un segundo plano los derechos sociales, lo que implicó que no fuera sino hasta 1935 que se desarrolló el actual sistema de seguridad social mediante la Social

Security Act o Ley de Seguridad Social (Quinhoes y Fleury, 2005), que estableció un sistema de beneficios de vejez para trabajadores, beneficios para víctimas de accidentes industriales, seguro de desempleo, y ayuda para madres e hijos dependientes, ciegos y discapacitados físicos, desarrollo tardío en comparación con Europa y América Latina (Quinhoes y Fleury, 2005), y cuyos beneficios deberán ser proporcionales a las ganancias y serían cancelados únicamente a quien los hubiera ‘cotizado’, por llamarlo así, con una cobertura limitada teniendo en cuenta que el sistema debía acumular reservas y ser capaz de autofinanciarse (Quinhoes y Fleury, 2005).

Ya en 1960 se crean los programas Medicare y Medicaid, los cuales siguen vigentes, operando bajo la modalidad de mercado de seguros y con una regulación a nivel federal y a nivel local de cada estado en lo que a cobertura respecta; se financian mediante impuestos establecidos por la Ley de Contribuciones de Seguro y la Ley de Contribuciones de Empleo por Cuenta Propia de 1954 (Iriart, 2019). La principal crítica a este modelo es que los actores del sistema: pacientes (cliente o consumidor), médicos, proveedores, no les es posible determinar al momento de la atención qué gastos médicos serán asumidos por el seguro del paciente y cuáles no, lo que implica que al final de la atención él o su familia deba correr con estos gastos. Iriart (2016) así lo expone manifestando que:

Los seguros determinarán luego el monto que según los acuerdos firmados con los proveedores les reconocerán (siempre menos de lo facturado) y le enviarán al usuario la factura con la parte que le corresponde pagar según su cobertura financiera, por deducibles, coseguros, copagos, u otros gastos directos de bolsillo. Esto es así aún en el caso de los hospitales de propiedad estatal, ya que no existe en los EUA ninguna categoría de hospitales a los que se acceda sin pagar, salvo en el caso de la emergencia, donde todos los hospitales están obligados atender a los pacientes y darles los primeros cuidados independiente de su condición financiera o de su calidad de asegurado. Aún así, a posteriori la persona recibirá las facturas, sumamente abultadas en todos los casos que, de no pagar en un determinado plazo, serán mandadas a las agencias privadas de colección de deuda (p. 10).

Si los pacientes no logran cancelar sus deudas médicas en un determinado tiempo son declarados personas insolventes lo que “implica que el puntaje de su crédito será reducido, dificultando incluso la po-

sibilidad de poder alquilar una vivienda o de conseguir un empleo, ya que, en los EUA para todo tipo de transacción económica se verifica el puntaje del crédito” (Iriart, 2016, p. 10). La situación no cambia para aquellas personas que no pueden adquirir un seguro médico del mercado, para esta población están los centros médicos o clínicas comunitarias en los cuales se dará la atención requerida, a cargo del paciente que deberá asumir la deuda médica que se liquide de acuerdo con sus ingresos (Healthcare, s.f.c).

Debe mencionarse que el Medicare y el Medicaid han desarrollado otros planes o partes internas que complementan la atención primaria brindada en cualquiera de los dos esquemas, con coberturas propias, que en ningún caso cobijan tratamientos experimentales o no autorizados de acuerdo con lo estatuido por la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos, FDA Act de 1938 (Public Law 75-717, 1938).

3.1.1 Medicare

De acuerdo con el portal gubernamental Medicare (s.f.), este programa está orientado a dar atención a las personas ancianas mayores de 65 años y personas con discapacidad o enfermedades renales en etapa terminal; se compone por cuatro partes independientes: un seguro hospitalario, en casa o en un hospicio; un seguro que cubre atenciones y servicios ambulatorios que no son asumidos por el seguro hospitalario, así como servicios de prevención en salud; y una cobertura de medicamentos. Las coberturas expuestas, en la práctica, las desarrollan organizaciones HMO o PPO¹¹ (Healthcare, s.f.a.) aunque, en general, este programa no cubre cuidados a largo plazo, atención odontológica, exámenes oculares, cirugías estéticas, audífonos y exámenes para ajustarlos, etc. (Medicare, s.f).

3.1.2 Medicaid y CHIP

Ahora, el Medicaid es un programa administrado a nivel estatal que proporciona cobertura gratuita o a bajo costo en servicios de salud a adultos, niños, adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con discapacidades, de bajos ingresos (Medicaid, s.f.) que no califican para

11. Dentro del Medicare las aseguradoras ofrecen varios tipos de contratación de servicios en salud a través de las Organizaciones de mantenimiento de la salud (HMO, por sus siglas en inglés) o las Organizaciones de proveedores preferidos (PPO, por sus siglas en inglés).

Medicare; cuenta con el programa adicional Children Insurance Program CHIP o Programa de Seguro Médico para Niños, creado en 1997, de carácter federal-estatal con operatividad independiente. Cabe resaltar que la elegibilidad de quienes acceden a estos programas está condicionada primordialmente a los requisitos que para tal efecto dispone cada estado, aunque cuenta con una regulación federal (Medicaid, s.f.).

La última reforma que tuvo el sistema de salud y seguridad social americano vino por cuenta de la Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA), u Obamacare, promulgada el 23 de marzo de 2010 por el Congreso de los Estados Unidos, la cual trajo consigo el incremento de la población asegurada, una ampliación de los servicios, y planes o programas médicos a los nativos americanos y de Alaska; también, hizo asequible servicios preventivos de salud tales como cuidados prenatales, vacunas, mamografías o colonoscopias, amplió la edad de beneficiario para hijos hasta los 26 años (Assistant Secretary for Public Affairs [ASPA], s.f.), prohibió que las condiciones médicas pre-existentes o embarazo sean motivos para negar la suscripción de seguros médicos o el cobro de sobrecostos en cualquiera de los programas de salud, aunado a la prohibición de limitar la prestación de servicios, beneficios o planes a una cantidad determinada de dinero por año, o la obligatoriedad de adquirir un plan de servicios médicos por cierta población asegurable¹² y empleadores junto a sus empleados, so pena de ser acreedores de una multa que se recauda a favor del fondo de salud federal (Public Law 111-148, 2010).

Se debe puntualizar que para acceder a ambos programas resulta indispensable ser ciudadano o residente americano, excluyendo así la población en situación migratoria irregular, y su ingreso está supeditado a la línea de pobreza que pertenezca la cual se calcula por el número de personas a cargo y los ingresos del aspirante. Sin embargo, los planes en salud de Medicare cuentan con coberturas más rígidas a las contempladas por el Medicaid, cuya cobertura puede ser más amplia, pero puede suceder que en una determinada ciudad no exista, o sea muy pobre, la oferta de servicios de salud; aunque existe un mercado de planes de salud que son una opción para aquellos que no optan por

12. Con excepción de personas con bajos ingresos que no puedan adquirir un plan, nativos americanos, quienes no lo hacen por motivos religiosos, migrantes ilegales, personas privadas de la libertad (Pub. L., 111-148, 2010, part III subtitle F).

el Medicare o el Medicaid o para empleadores que desean brindar ciertos beneficios médicos a sus trabajadores (Healthcare, s.f.b).

3.1.3 *Right to try: Abigail Alliance vs Von Eschenbach, Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia*

Este derecho tuvo como cuna el activismo social de una determinada comunidad que desembocó en la renombrada sentencia *Abigail Alliance vs Von Eschenbach*¹³ de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia; pero antes de abordar esa sentencia, es necesario revisar el contexto histórico de la sentencia:

Jacobson y Parmet (2007) exponen que la Alianza Abigail nace como un homenaje póstumo a la joven Abigail Burroughs que fue diagnosticada con cáncer metastásico de cuello y cabeza, a quien sus médicos recetaron en las últimas etapas de tratamiento un medicamento, que para la fecha de los hechos, estaba catalogado como experimental; a partir de ahí Frank Burroughs, padre de la joven, emprende una ardua lucha con el fin de conseguirla a su hija el acceso al medicamento; la primera puerta que tocó fue al FDA¹⁴ quien negó la pretensión en virtud a que: (1) el medicamento se encontraba en etapa de ensayo clínico y aún no había evidencia clara respecto de su efectividad; (2) el medicamento estaba diseñado para pacientes con un cáncer diferente al padecido por Abigail; y (3) la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos generalmente prohíbe el acceso a nuevas drogas a menos que hayan sido aprobados por la FDA.

Entonces nace la Alianza Abigail, cuyo objeto es abogar por un mejor acceso de los pacientes con cáncer en estado terminal a medicamentos y dispositivos que aún se encuentren en desarrollo, estudio o ensayo clínico (Jacobson y Parmet, 2007); sin embargo para la época de los sucesos, en el ordenamiento norteamericano se había habilitado un acceso temprano a medicamentos o *compassionate use*, mediante el cual el FDA podría aprobar “el uso de medicamentos experimentales

13. Sentencia No. 04-5350, United States Court of Appeals. *Abigail Alliance For Better Access to Developmental Drugs vs. Andrew Von Eschenbach Food and Drugs Administration commissioner*.

14. La FDA es responsable de proteger la salud pública al garantizar la seguridad, la eficacia y la seguridad de los medicamentos humanos y veterinarios, los productos biológicos y los dispositivos médicos; y garantizando la seguridad del suministro de alimentos, cosméticos y productos que emiten radiación de nuestra nación (U.S. Food and Drug Administration, s.f.).

en medios controlados a pacientes terminales que no sean parte de un ensayo clínico para el tratamiento de enfermedades graves o terminales, y cuyo patrocinador se comporte diligentemente” (Clínica Mayo, s.f.).

Pero para la Alianza, este acceso temprano es un proceso muy lento y no contempla las necesidades especiales de los pacientes terminales, entonces, decide realizar una Petición Ciudadana frente al FDA para presentar una propuesta propia que permita el acceso temprano basado en el riesgo de lesión o muerte a falta del medicamento, permitiendo a patrocinadores comercializar medicamentos experimentales, en ciertas circunstancias, una vez completada la Fase 1 de los ensayos clínicos (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007). Sin embargo dicha petición fue rechazada al considerar, que si bien la propuesta de la Alianza eleva cuestiones importantes, en el ámbito de revisión de productos médicos que traten enfermedades serias o amenazantes para la vida existe una tensión inevitable entre la viabilidad temprana de productos para los pacientes, la necesidad de obtener información suficiente para proveer una expectativa razonable de beneficio y la ausencia de un daño excesivo, es decir, garantizar el uso razonado del medicamento o dispositivo por médicos y pacientes¹⁵ (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007).

Después de este pronunciamiento la Alianza dirige su objetivo hacia los estrados judiciales iniciando con la Corte del Distrito de Columbia aclamando la existencia de un derecho constitucional fundamental de acceso temprano a medicamentos experimentales o no aprobados, inmerso en la cláusula del Debido Proceso, por cuanto la lentitud de los ensayos clínicos de la FDA, combinado con sus restricciones para la disponibilidad de la aprobación previa, no son suficientes para proveer la demanda de acceso, y la prohibición de obtener beneficios previene a los patrocinadores de medicamentos de participar en dichas excepciones (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Dis-

15. Un ejemplo de esto, expone la FDA, son la mayoría de medicamentos experimentales para el cáncer que son compuestos tóxicos potencialmente letales y que puede tener potenciales efectos nocivos en la calidad de vida del paciente (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007).

trito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007), es así como la Corte del Distrito consideró en su momento que:

donde no hay opciones de tratamiento alternativas aprobadas por el gobierno, el acceso informado de un paciente adulto mentalmente competente con una enfermedad terminal a nuevos medicamentos en investigación que potencialmente pueden salvarle la vida[,] que la FDA determine después de los ensayos de fase I como lo suficientemente seguro para la ampliación de los ensayos en humanos, merece protección bajo la Cláusula del Debido Proceso (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007).

Tal decisión llegó a la Corte de Apelaciones en pleno, en adelante la Corte, quien debió resolver si la cláusula del debido proceso invocada por la Alianza abarca el derecho de los pacientes terminales, sin otra opción de tratamiento aprobada, el acceso a medicamentos en investigación que el FDA considere seguras y prometedoras para un ensayo sustancial en personas (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007). La Corte inicia su análisis¹⁶ exponiendo que dicha cláusula brinda la protección jurídica de que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso. En efecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos, expone la Corte de Apelaciones, ha sostenido que la protección de la Enmienda V garantiza mucho más que un proceso justo ya que “proporciona elevada protección en contra de la injerencia del gobierno a ciertos derechos fundamentales” como, por ejemplo, lo que sucede en los derechos al matrimonio, a tener hijos e incluso el del aborto (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007).

En este sentido la Alianza argumenta que la protección del derecho alegado, se basa en que el Derecho y las prácticas históricas americanas tradicionalmente han confiado en los médicos personales y sus pacientes, con casi completa autonomía, para evaluar la efectividad de tratamientos médicos, es decir, se ha dejado los juicios de eficacia

16. La Corte hace uso de la cláusula de *Glucksberg v. Washington* que consiste en identificar que el nuevo derecho alegado está profundamente enraizado a la historia, tradición legal y prácticas de la Nación norteamericana e implícito en el concepto de libertad ordenado; tanto así que la justicia y la libertad no podrían existir la una sin la otra y la descripción cuidadosa del interés de libertad fundamental afirmado (*Abigail Alliance v. von Eschenbach*, 2007).

de los tratamientos médicos en manos de los médicos y sus pacientes; el gobierno nunca ha interferido con dicho juicio personal en particular hasta 1962, cuando se implementó la labor de vigilancia de la FDA (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007). Este argumento es desechado toda vez que, para la Corte, la historia legal del Estado norteamericano “ha expresado desde hace mucho tiempo interés en la regulación de medicamentos, calibrando su respuesta en términos de las capacidades para determinar los riesgos asociados tanto con la seguridad como con la eficacia de los medicamentos” (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007) y un ejemplo de ello es la mencionada ley de 1962.

Posteriormente, la Alianza alega que los conceptos de autodefensa, necesidad, y el de interferencia con el rescate son lo suficientemente amplias para demostrar la existencia del derecho alegado, específicamente, porque existen doctrinas que soportan el reconocimiento de un derecho a la autopreservación las cuales podrían permitir a las personas en peligro de muerte el intentar salvar su propia vida, incluso si la decisión a tomar involucra enormes riesgos, brindando al paciente terminal un derecho constitucionalmente protegido de acceso a medicamentos experimentales (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007). Pero este argumento también es rechazado por cuanto, si bien podría considerarse que la situación de diagnóstico terminal es algo que está por fuera del control de quien lo padece, no se puede invalidar algo ya regulado o establecido por la ley bajo un concepto de necesidad simplemente “ignorando el juicio colectivo de la comunidad científica y médica expresada a través del proceso de ensayo clínico del FDA”¹⁷ (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007).

En virtud a lo expuesto, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia determina que no existe a nivel constitucional un derecho fundamental de acceder a medicamentos

17. La Corte establece que no puede existir un derecho constitucional de asumir “enormes riesgos” por parte de un paciente buscando preservar su vida usando medicamentos que no han sido probados seguros o con posibles efectos terapéuticos (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007).

experimentales ya que, tanto para el enfermo terminal como cualquier persona, estos son inseguros si su potencial para causar la muerte o lesiones no está compensado por un posible efecto terapéutico, por más urgente que los pacientes terminales necesiten tratamientos curativos; es por ello que “la política de acceso limitado a medicamentos en investigación del FDA está racionalmente relacionada con el legítimo interés estatal de proteger pacientes, incluidos los enfermos terminales, de drogas potencialmente inseguras con efectos terapéuticos desconocidos” (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007), de tal forma concluye que los conceptos técnicos científicos erigidos por la FDA no son rígidos y que son los “procesos democráticamente establecidos” el mecanismo adecuado para lograr dirimir un debate como el que se presenta, ya que, citando a la Suprema Corte, “no es parte de la función de un tribunal o un jurado determinar cuál modo es más probable... que sea el más eficaz para la protección del público contra una enfermedad” (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, 495 F.3d 695, 2007).

Más tarde, surge dentro del Goldwater Institute¹⁸ la iniciativa de adelantar una lucha para el reconocimiento del right to try, como lo denominan, para todas aquellas personas en estado terminal, mediante el desarrollo de una ley modelo que recoge las críticas expuestas por la Alianza en la mencionada sentencia que ha sido propuesta en los diferentes estados de la unión americana con el fin de que sea aprobada por los órganos legislativos, logrando así una protección positivizada del derecho (Goldwater Institute, 2015; Internet Archive, 2016). Esta ley modelo, en general, autoriza el acceso y uso de tratamientos experimentales para pacientes con enfermedades avanzadas, establece condiciones para el uso de tratamientos experimentales, prohíbe sanciones a proveedores de cuidados en salud, clarifica los deberes de un asegurador en salud con respecto a tratamientos experimentales autorizados bajo este acto, prohíbe ciertas acciones por oficiales del Estado, empleados y agentes, y restringe ciertas causas de acción surgidas del tratamiento experimental, etc., siendo Colorado el primer Estado en promulgarla (Parson, 2014).

18. Organización privada fundada en 1988 con el fin de defender y fortalecer las libertades garantizadas, a todos los estadounidenses, en la Constitución de los Estados Unidos y los cincuenta estados federales (Goldwater Institute, s.f).

El right to try ha recibido, también, un desarrollo legislativo a nivel federal que tuvo gran acogida en el público, dentro del órgano legislativo y el ejecutivo pero, según Joffe y Fernández (2018), esta iniciativa fue abiertamente criticada por distintas comunidades al considerar que esta ley busca limitar la función reguladora y de control del FDA ya que, en general, se encaminó a eximir su autorización para el acceso de pacientes terminales a medicamentos experimentales dejando por fuera datos importantes respecto a su seguridad y aumentando el régimen de protección a las farmacéuticas. A pesar de esto, el 30 de mayo de 2018 se promulgó la Right to try Act mediante la cual se autoriza el uso de productos médicos sin licencia por pacientes diagnosticados con enfermedades terminales estatal, y para otros fines (Public Law 115-176, 2018), con la que se modifica el capítulo V de la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos de 1938 añadiendo la sección 561B, permitiendo así el uso de medicamentos experimentales por pacientes elegibles (Public Law 115-176, 2018) bajo unos postulados muy similares a lo expuesto en la Sentencia T-057 de 2015:

Paciente elegible: persona que haya sido diagnosticada con una enfermedad o condición que amenace su vida, certificada por un médico, que haya agotado los demás tratamientos aprobados y no sea elegible para ensayos clínicos, requiere de consentimiento informado (Public Law 115-176, 2018).

Médico: debe contar con buena reputación ante las autoridades médicas y no puede recibir compensación por parte del fabricante o patrocinador del medicamento (Public Law 115-176, 2018).

Tratamiento experimental elegible: que ha completado la fase 1 de investigación, no ha sido aprobado o licenciado su uso en lo absoluto, que haya aplicado para la consecuente aprobación o licencia y esté bajo estudio para determinar su efectividad, esté en constante desarrollo y no haya sido discontinuado por el fabricante o puesto en espera clínica (Public Law 115-176, 2018).

Frente a los resultados clínicos derivados por el uso de medicamentos o dispositivos experimentales, esta Ley establece que cualquier efecto registrado no puede influir en la revisión del FDA al estudio para la aprobación de dicho medicamento o dispositivo a menos que advierta, o si el patrocinador así lo solicita, que el efecto compromete el juicio

de seguridad del medicamento o dispositivo; además, su fabricante o patrocinador debe llevar un registro detallado que incluya el número de pacientes tratados y la cantidad de dosis entregadas a ellos, los usos para los que se autorizó, así como cualquier evento adverso conocido, este informe será entregado anualmente a la Secretaría del FDA junto con el reporte anual del ensayo clínico; finalmente, establece que patrocinadores, fabricantes, prescriptores, dispensadores y demás, no están exentos de ser demandados por cualquier responsabilidad por daños, protección al consumidor o ley de garantías, respondiendo únicamente por negligencia frente al tratamiento experimental no por la negativa de proveer el acceso a pacientes elegibles (Public Law 115-176, 2018).

El Senado resalta que esta Ley, a pesar de su nombre, no crea ni modifica un nuevo derecho solo amplía el alcance de la libertad individual en los pacientes en circunstancias limitadas, creando una alternativa que es coherente a las políticas de acceso expandido del FDA, entendiendo que la población de pacientes elegibles con enfermedades terminales a menudo está formada por aquellos con mayor riesgo de mortalidad por lo que el uso de medicamentos experimentales autorizado es bajo el supuesto de un riesgo informado (Public Law 115-176, 2018).

3.2 Caso Brasil

En Brasil, el derecho a la salud está consagrado en la Constitución Federativa de 1988 como un Derecho Social¹⁹ que, según el artículo 196 de esta Carta, lo dispone como:

Un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y prevención (Constituição da República Federativa do Brasil [Const.], 1988, art. 196).

Por su parte, el artículo 197 de la misma Carta, exhorta al poder público de la regulación, fiscalización y control del derecho a la salud mediante una prestación directa por el Estado o mediante terceros privados (Const., 1988), donde las acciones y servicios públicos de salud constituyen un sistema único regionalizado, descentralizado

19. Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 artículo 6.

y jerarquizado que se fundamenta en la atención integral y la participación de la comunidad (Const., 1988). En tal sentido, el mismo mandamiento constitucional dispone que dicho Sistema Único de Salud, en adelante SUS, sea financiado con recursos del presupuesto de la Seguridad Social de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y los municipios, además de otras fuentes (Const., 1988). De las funciones del SUS resaltan el de controlar y fiscalizar procedimientos, productos y sustancias de interés para la salud y participación en la producción de medicamentos, equipamientos, inmunobiológicos, hemoderivados y otros insumos, la acción de vigilancia sanitaria y epidemiológica, y el incremento del desarrollo científico y tecnológico en salud.

De acuerdo con el Instituto Suramericano de Gobierno en Salud de la Unión de Naciones Suramericanas [Isags-Unasur] (2012), el SUS se compone por dos leyes de alcance nacional: la Ley 8.080 de 1990 y la Ley 8.142 de 1990, también llamadas Leyes Orgánicas de la Salud, las cuales reglamentan su organización en tres esferas de gestión: federal, estatal y municipal.

La Ley 8.080 de 1990 establece la salud como un derecho fundamental, por lo tanto, el Estado debe proveer las condiciones indispensables para su ejercicio (Ley 8.080, 1990) siendo un deber del Gobierno garantizar la salud a partir de la formulación y ejecución de políticas económicas y sociales, con el fin de reducir los riesgos de enfermedades y de otros daños, así como establecer las condiciones que garanticen el acceso universal e igualitario a las acciones y a los servicios para su promoción, protección y recuperación, y la Ley 8.142 de 1990, regula en todo el territorio nacional los órganos de administración y dirección que constituyen el SUS así como la asignación de los recursos del Fondo Nacional de Salud en los distintos niveles del gobierno (Ley 8.080, 1990).

El Isags-Unasur (2012) afirma que este sistema también abarca la vigilancia epidemiológica, la salud de los trabajadores y las acciones de vigilancia sanitaria, buscando eliminar los riesgos a la salud e intervenir en los problemas sanitarios, controlar bienes de consumo y de la prestación de servicios que, directa o indirectamente, se relacionen con la salud, para lo que se ha encargado al Ministerio de Salud por medio de la Secretaría de Vigilancia de la Salud, creada en el año 2003, como

responsable de coordinar los Sistemas de Vigilancia Epidemiológica, Sanitaria y Ambiental.

Por su parte, la Ley 9.782 de 1999, crea la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria - Anvisa, encargada, entre otras funciones, de controlar e inspeccionar productos, sustancias y servicios de interés para la salud, vigilar las instalaciones físicas, equipos, tecnologías, ambientes y procedimientos involucrados en todas las fases de los procesos de producción de bienes y productos supeditados a control, y principalmente la incorporación de nuevas tecnologías en la medida en que analiza la eficacia, la seguridad y la calidad de los productos innovadores en el momento de su registro, la ampliación e inclusión de nuevas indicaciones terapéuticas de medicamentos ya registrados, o la importación de productos estratégicos por parte de la población brasileña mediante la evaluación de las solicitudes de importación de medicamentos sin registro en Brasil de carácter excepcional, para aquellos casos donde no hay un sustituto terapéutico disponible en el mercado nacional, y la prioridad del análisis de peticiones de registro de productos considerados estratégicos para el suministro de los programas del Ministerio de Salud (Ley 9.782, 1999).

3.2.1 Exigibilidad del Derecho a la Salud: Proceso Ordinario Civil

Si bien el derecho a la salud cuenta con un marco constitucional, su protección o exigibilidad está supeditada al mecanismo consagrado en la Ley Procedimental Civil para la protección de derechos fundamentales desde el antiguo Código de Proceso Civil que consagraba el Proceso Tutelar y el Proceso Cautelar, actualmente derogado (Código de Proceso Civil, 1973), hasta el nuevo Código del Proceso Ley 13.105 de 2015, a continuación se abordarán estas dos leyes por cuanto los casos de estudio se tramitaron durante el tránsito legislativo²⁰.

Con respecto al Proceso Tutelar, regulado en el artículo 273 del antiguo Código de Proceso Civil, “El juez podrá, a petición de la parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la solicitud inicial, siempre que, existiendo prueba inequívoca, se conenga de la verosimilitud de la alegación” (Código de Proceso Civil,

20. Según el artículo 1045 del nuevo Código de Proceso Civil, este entró en vigor y con plenos efectos un año después de su publicación oficial, es decir, el 18 de marzo de 2016, por lo tanto, el derecho “a que sea intentado” nace en pleno tránsito legislativo.

1973, art. 273); así, la tutela requería del temor de daño irreparable o de difícil reparación de un derecho, *periculum in mora*, y que se caracterice el abuso en el derecho de defensa o el manifiesto propósito protector del reo²¹, *fumus boni iuris*, para ser concedida parcial, total o anticipadamente; para ello, el juez deberá indicar de modo claro y preciso las razones de su convencimiento, rechazará su anticipación cuando haya peligro de irreversibilidad de la protección invocada, pero podrá ser concedida cuando uno o más de las peticiones acumuladas, o parte de ellas, se muestran incontrovertidas; lo anterior debido a que la tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier momento mediante decisión motivada, aunque ello implique que el proceso deba seguir su curso hasta el final del juicio. Ahora, en el Proceso Cautelar una persona afectada podía interponer ante un juez una Medida Cautelar, antes o en el curso de un proceso principal y dependiente, con el fin de evitar un daño de difícil reparación a un derecho, decretando las medidas provisionales que considere necesarias siempre que se demostrara el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* del solicitante (Código de Proceso Civil, 1973).

Con la entrada en vigor de la Ley 13.105 de 2015 estos procesos desaparecen para formar parte de la tutela provisional cautelar con sus requisitos procesales de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*; esta tutela provisional puede ser de urgencia, anticipativa y cautelar diferenciándose únicamente en sus efectos²² (De Avelar, 2015). Debe resaltarse la tutela de urgencia (Código de Proceso Civil, 2015), la cual opera cuando en la demanda se argumenta suficientemente que el demandante es titular del derecho impetrado y que existe un peligro de daño o riesgo al resultado útil del proceso, bajo estos postulados el juez, a través de una liminar²³, decidirá si concede o niega el derecho impetrado con la posibilidad de que la decisión tomada por este pueda ser revertida (Código de Proceso Civil, 2015).

21. Reo: "persona juzgada por un crimen o procesada en una acción civil" (Dicionário Caldas Aulete, s.f.a, s.p.).

22. La *tutela anticipativa*, busca anticipar los efectos de un derecho al reclamante hasta que se resuelva el proceso de conocimiento, mientras que la *tutela cautelar* busca resguardar un derecho que ya es del tutelante pero que en el transcurso del proceso puede ser lesionado (De Avelar, 2015).

23. Según la Ley 13.105 de 16 de marzo de 2015, artículo 300, numeral 2, una *liminar* es la decisión de plano que se da al inicio del proceso declarativo (Código de Proceso Civil, 2015); por su parte, el Dicionario Caldas Aulete, la define como una medida provisional concedida por el juez en el inicio de una acción, que puede ser confirmada o revocada en la sentencia (Dicionário Caldas Aulete, s.f.b).

3.2.2 *Direito a tentar o derecho a intentar*

En Brasil el derecho a intentar nace de la lucha social que emprenden los pacientes enfermos de cáncer en fase terminal para acceder a la fosfoetanolamina sintética como medicamento experimental anticancerígeno; medicamento que fue desarrollado y patentado por el Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, profesor del Instituto de Química de Sao Carlos adscrita a la Universidad de Sao Paulo, y su equipo quienes desarrollaron, produjeron y distribuyeron gratuitamente las píldoras de fosfoetanolamina²⁴ a los enfermos oncológicos que no disponían de una alternativa terapéutica eficaz contra el cáncer autorizada por el Anvisa, aunque en EE.UU. y Europa se comercializa únicamente como un suplemento de calcio (Bellinghini, 2017). Este medicamento comenzó a ganar fama entre los pacientes oncológicos quienes reportaron mejoría de su calidad de vida; sin embargo, la Universidad de Sao Paulo (USP) en el año de 2014 emitió la Portaria IQSC 1389²⁵ prohibiendo la producción y distribución de la fosfoetanolamina en cuanto no fuese aprobada por los órganos competentes, lo que generó que varios pacientes oncológicos terminales tutelaran el derecho al acceso a este medicamento con el objetivo de garantizar su suministro (Tomacevicius Filho, 2016, como se citó en Rodrigues y Álvarez, 2016).

Para el año 2015, el Tribunal de Justicia de Sao Paulo negó tutelar la administración de la fosfoetanolamina, pues todas las liminares en primera instancia que obligaban a la USP a ofrecer el medicamento a los pacientes oncológicos fueron falladas en contra de los tutelantes, por cuanto no se había comprobado la eficacia del medicamento y que sería irresponsable suministrarla sin el mínimo rigor científico, por eso se prohibió a los jueces de Sao Paulo decidiesen favorablemente en casos que traten el mismo tema (Luchete, 2015, como se citó en Rodrigues y Álvarez, 2016).

Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, resolviendo el caso de Alcilena Cinsinatus quien interpuso una Petición de Medida Cautelar

24. La fosfoetanolamina es un compuesto químico orgánico que existe en el organismo de diversos mamíferos que, después de la ingestión, pasa por el tracto digestivo y llega al hígado, donde se une a los ácidos grasos que son responsables de alimentar y dar energía a las células cancerígenas, la fosfoetanolaminina, en el momento de alimentar a la célula, denuncia la anormalidad para el sistema inmunológico y la célula es liquidada, en un proceso conocido como apoptosis (Rodrigues y Alvarez, 2016).

25. Portaria: “Documento que hace oficial una decisión administrativa” (Aulete, s.f.c, s.p.).

con el fin de suspender la decisión proferida por el Tribunal de Justicia de Sao Paulo y garantizar su acceso a este medicamento, bajo el argumento de que esta sustancia cuenta con el registro correspondiente; concede la acción y ordena el suministro del medicamento en cantidad suficiente para garantizar el tratamiento, que debería ser indicado por el Instituto de Química de Sao Carlos (Rodrigues y Álvarez, 2016), en virtud a que el Ministro Luis Fachin observa la presencia del *fumus boni iuris* y *el periculum in mora* donde el primer elemento está comprobado por el estado terminal de la actora y el segundo elemento está comprobado por la existencia de laudos médicos que recomiendan el uso de la medicación (Rodrigues y Álvarez, 2016), por lo que resuelve la entrega del medicamento argumentando que “era una medida excepcional para un paciente con cáncer terminal que ha agotado otros procedimientos terapéuticos” (Lissardy, 2015, párr. 22), y cuyo acceso era la única forma de garantizar al paciente una vida digna (Rodrigues y Álvarez, 2016).

En otra sentencia proferida por un Juez Federal de Río de Janeiro el 04 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 0011182-52.2016.4.02.5101 (Supremo Tribunal Federal Seção Judiciária do Rio de Janeiro Processo No. 0011182-52.2016.4.02.5101 2016.51.01.011182-1, 2016), se interpuso una acción de hacer con efectos de Tutela con el fin de que el Instituto de Química de Sao Carlos le suministre a una paciente menor de edad la fosfoetanolamina que le había negado el Instituto; se argumentó que la paciente padecía un tumor mesenquimal primario mixoide, se ha sometido a dos operaciones quirúrgicas con el fin de descomprimir la médula espinal y que debido a ser menor de edad no le era posible acceder a sesiones de radioterapia, en conclusión, para la accionante la fosfoetanolamina era el único tratamiento al cual podía acudir para salvar la vida de su hija. La acción es fallada de manera favorable a la peticionaria ordenando al Instituto de Sao Carlos y a la USP suministrar el medicamento solicitado (Supremo Tribunal Federal Seção Judiciária do Rio de Janeiro Processo No. 0011182-52.2016.4.02.5101 2016.51.01.011182-1, 2016).

El Juez que conoce la petición hace un breve recorrido histórico del derecho a que sea intentado en EE.UU. y Colombia con el fin de argumentar que este guarda en sus orígenes una relación con el suministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales para enfermos terminales, al ser un derecho inherente a la dignidad humana, por observarse la existencia de *fumus boni iuris* y *el periculum*

in mora por la edad de la menor, la posibilidad de recuperación y los derechos fundamentales de la vida y la dignidad, y la imposibilidad de acceder a los tratamientos de radioterapia; advierte también el juez que por el no suministro del medicamento habrá una lesión a su derecho fundamental a la vida, y aunque en Brasil no se pueden ofrecer medicamentos que no tengan el registro Anvisa, esto no es absoluto pues habrá casos en que al paciente se le deben dar las garantías necesarias de acceder a medicamentos que considere útiles a fin de resguardar la vida, la salud y la dignidad (Supremo Tribunal Federal Seção Judiciária do Rio de Janeiro Processo No. 0011182-52.2016.4.02.5101 2016.51.01.011182-1, 2016).

En 2015 y 2016 el Senado brasileño propuso definir y positivizar el “derecho a intentar”, mediante la Ley No. 13.269 de 2016, que autorizó el uso de la fosfoetanolamina por pacientes diagnosticados con neoplasia maligna, siempre y cuando tengan un laudo médico y firmen el consentimiento médico o lo haga su representante legal (Ley 13.269, 2016); esta Ley permite la producción, manufactura, importación, distribución, prescripción, dispensación, posesión y uso de la fosfoetanolamina independientemente del registro sanitario (Ley 13.269, 2016), si bien el Congreso aclara que no existe hasta ese momento estudios científicos que comprueben la eficacia y la seguridad en el uso de esta sustancia, inclusive, no cuenta con una presentación farmacéutica especial lo que generó que la Anvisa, el 10 de marzo de 2016, afirmara que es un riesgo el “liberar el consumo de un medicamento sin prescripción médica ni registro” (Lissardy, 2015, párr. 26) alterando el proceso de desarrollo prescindiendo de las largas investigaciones y estudios clínicos por mero lobby del Congreso.

Sin embargo, este proyecto fue aprobado sin haberse realizado estudios técnicos al medicamento siendo enviado a la entonces presidenta Dilma Rousseff para su sanción, no obstante, un comisionado de la Anvisa recomendó vetarlo²⁶, pero la expresidenta, acorralada políticamente con la amenaza de un impeachment y los bajos índices de popu-

26. El 14 de abril de 2016, después de haberse aprobado la ley, la Academia Nacional de Medicina (ANM), conjunto al Anvisa y USP, dirigió una carta a la presidenta Rousseff alertando los riesgos de la “píldora del cáncer” y reclamaban vetar el proyecto “pues coloca en riesgo el tratamiento correcto y por tanto la salud de los enfermos, y que además, abre un grave precedente al control de medicamentos en Brasil, colocando a nuestro país en situación de inferioridad científica y de control sanitario (Jornal do Brasil, 2016, párr. 14).

laridad, aprobó esta ley el día 13 de abril de 2016²⁷. Posteriormente fue declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI5501, 2020), en una acción directa interpuesta por la Asociación Médica Brasileña quien argumentaba la falta de evidencia científica en su eficiencia, además, que los estudios realizados por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación indican que la sustancia a pesar de no ser tóxica tampoco tiene efectos antitumorales (UOL, 2017); aunque para el Supremo Tribunal Federal la inconstitucionalidad de la Ley radica en que el Congreso brasileño se arrogó una competencia que era propia de una entidad del Poder Ejecutivo, vulnerando así la separación de poderes (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI5501, 2020), por cuanto al legislativo no le es dado “autorizar, de manera abstracta y genérica, la distribución de medicamentos” (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI5501, 2020), porque tal proceder causaría que “El derecho a la salud no se realice plenamente si el Estado no cumple con su obligación de garantizar la calidad de los medicamentos mediante un escrutinio científico riguroso, capaz de eliminar el engaño, charlatanería y efecto perjudicial” (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI5501, 2020)²⁸.

No sobra comentar que el contexto brasileño contempla un acceso temprano a medicamentos experimentales regulado por la Resolución RDC No. 38 de 12 de agosto de 2013²⁹ del Ministerio de Salud, donde se estipula que el suministro gratuito del medicamento después del término de ensayo clínico será para los sujetos de la investigación en cuanto haya beneficio a criterio del médico, así como que la aceptación del beneficio del paciente con relación al uso del medicamento es responsabilidad del médico y deberá ser fundamentada en los riesgos pre-

27. El STF suspendió el 19 de mayo de 2016 la ley que autoriza a los pacientes con cáncer de utilizar la fosfoetanolamina sintética en virtud de una medida cautelar ordenada dentro la acción directa de inconstitucionalidad de la que fue objeto la Ley 13.269 de 2016 (Jornal do Brasil, 2016).

28. “La esperanza que la sociedad deposita en los medicamentos, especialmente en los destinados al tratamiento de enfermedades como el cáncer, no puede desligarse de la ciencia. Atrás quedaron los días de la búsqueda desenfadada de una cura sin el correspondiente cuidado con la seguridad y eficacia de los fármacos utilizados. El derecho a la salud no se realizará plenamente si el Estado incumple la obligación de asegurar la calidad de un medicamento mediante un riguroso escrutinio científico, capaz de descartar engaños, charlatanerías y efectos nocivos” (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI5501, 2020).

29. Este documento establece que los pacientes del Programa Expandido son aquellos que no entran en el ensayo clínico por falta de acceso o por presentar los criterios de exclusión y para los cuales el médico asistente juzgue necesario el acceso al tratamiento que, por lo menos, deberá tener un estudio de fase III en el descubrimiento o concluido para la misma indicación solicitada para los pacientes, en todo caso se requiere autorización personal e intransferible de la Anvisa para su acceso.

vistos (Resolución 38, 2013), esta se basa en la Ley No. 6.360 de 1976 de Vigilancia Sanitaria que en el artículo 24 establece una exención en el registro cuando su uso está destinado a la investigación científica. Para acceder a los programas de acceso expandido, uso compasivo y ofrecimiento de medicamentos pos-estudio se requiere la solicitud del patrocinador o su representante ante la Anvisa donde se acredite (1) la gravedad y estado de la enfermedad, (2) la ausencia de alternativa terapéutica satisfactoria en el país para ese diagnóstico, y (3) la gravedad del cuadro clínico, presencia de morbilidad y aprobación de la relación del riesgo-beneficio del uso del medicamento solicitado, teniendo en cuenta que, de acuerdo al Código de Ética Médica, el uso de terapias experimentales procede siempre y cuando fuera aceptada por los órganos competentes y con el consentimiento del paciente o su representante, de no cumplir con estos requisitos son causal de mala práctica médica (Da S. Lima, 2017).

Si bien en el caso brasileño, tanto el poder judicial como el poder legislativo crean el derecho a intentar fundamentándose en la dignidad, la vida y el acceso libre a medicamentos; este derecho nace de la lucha que llevaron a cabo los enfermos terminales de cáncer que veían en la fosfoetanolamina una cura para esta enfermedad, dejando por sentado que los derechos fundamentales se crean gracias a la presión social y al activismo judicial, donde los jueces adecuan los principios constitucionales al contexto social y de esa manera garantizan la recuperación del enfermo terminal (Rodrigues y Alvarez, 2016).

4. ESTRUCTURA DEL DERECHO FUNDAMENTAL INNOMINADO “A QUE SEA INTENTADO”

El derecho a que sea intentado nace como una prerrogativa de los ciudadanos a proteger su salud, su vida y su dignidad ante las secuelas de enfermedades catastróficas al buscar salvaguardar su propia existencia, dicho aspecto ha llevado a la Corte Constitucional a darle a esta prerrogativa el grado de derecho fundamental mediante el reconocimiento de una determinada posición jurídica del paciente frente al Estado y la sociedad. Bajo este entendido, se procede a conceptuar la estructura del derecho fundamental innominado a que sea intentado para lo cual se acude al libro *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales* del tratadista Rodolfo Arango Rivadeneira.

Para Arango (2005) la existencia de los Derechos Sociales Fundamentales (DSF), adscritos por vía de interpretación, requieren de una disposición de Derecho Fundamental explícita que le sirva de fundamento jurídico, es decir, requieren de una positivización ya sea en textos constitucionales, declaraciones o convenciones de derechos humanos, o el reconocimiento por parte de un organismo habilitado para ello, con el fin de hacer posible una correcta justificación de las valoraciones de los derechos fundamentales, mediante las reglas o los principios de la argumentación jurídica y la interpretación del texto constitucional³⁰; así los DSF, en el marco de un orden constitucional democrático de derecho, adquieren la forma de mandatos constitucionales o de obligaciones objetivas del legislador y de la administración. Por lo tanto, el derecho fundamental innominado a que sea intentado es un derecho fundamental³¹ al contar con los siguientes elementos:

Titular del derecho: todas las personas son portadoras de DSF y los obligados son exclusivamente los Estados democráticos modernos (Arango, 2005), sin embargo, algunos derechos fundamentales pueden ser reconocidos a ciudadanos específicos e individualizados como titulares del derecho fundamental, como en el caso de la Sentencia T-057 de 2017, donde los únicos titulares de este derecho son los pacientes con diagnósticos de estado vegetativo persistente o estado de mínima conciencia (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015).

Objeto: Los DSF son derechos constitucionales nacidos para superar una situación específica, o límite, mediante su reconocimiento; es así, que el derecho fundamental innominado a que sea intentado surge de la necesidad de sus titulares a acceder a tratamientos en fase experimental que tengan el grado de posibilidad de mejorar su calidad de vida, cumpliendo con las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-057 de 2015: (1) que el médico tratante haya hecho el diagnóstico y recomiende u ordene el tratamiento experimen-

30. Es decir, se debe valorar que mientras más grave sean las consecuencias de la falta de reconocimiento de una posición jurídica individual, más peso tienen las razones para el reconocimiento del DSF (Arango, 2005; Paz, 2012).

31. Arango (2005) establece que los DSF son Derechos Subjetivos con un “alto grado de importancia”, “derechos generales positivos” o “acciones fácticas del Estado” que sólo se garantizan al “individuo” más no a las “colectividades”, y esta característica diferencia a los “DSF” de los simples mandatos o enunciados programáticos.

tal; (2) ha demostrado que hay una posibilidad de mejorar la calidad de vida y salud de los pacientes; (3) y se cuente con el consentimiento informado y libre del paciente (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015).

Fundamentación filosófica y grado de importancia: El derecho fundamental innominado “a que sea intentado” en el contexto colombiano se fundamenta, como bien lo expone la Corte Constitucional en la Sentencia T057 de 2015, en que el no reconocimiento de este nuevo derecho deriva en la negación injustificada de la prestación de un tratamiento experimental que ha demostrado la posibilidad de recuperación o de mejoría del paciente titular lo que sería una afectación a sus derechos fundamentales a la Vida, la Salud, la Dignidad Humana, y la Autonomía, los cuales deben ser respetados por los actores del Sistema de Seguridad Social en Salud, la Jurisdicción Constitucional y el Estado (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015).

Positivización del derecho: Se tiene que “la libertad del individuo sólo podrá ser limitada con fundamento en una ley general” (Arango, 2005, p. 11) así las normas de derechos fundamentales “sirven de base a los derechos subjetivos y a obligaciones objetivas” (Arango, 2005, p. 11) y correlativas. Así, la sentencia T057 de 2015 se encarga de reconocer y positivizar este nuevo derecho fundamental, en aplicación de la cláusula de derechos innominados que prevé el reconocimiento de nuevos derechos por fuera del texto constitucional, sin embargo resulta necesario la armonización de este derecho con la actual Ley Estatutaria de Salud mediante un desarrollo legislativo que permita el acceso temprano a alternativas experimentales por pacientes en estado vegetativo o de conciencia mínima, o con otros diagnósticos, si se cuenta con evidencia suficiente sobre la seguridad y efectos en su uso según lo ha estipulado la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015).

Obligaciones jurídicas: En este orden de ideas, el Estado adquiere frente a la sociedad la obligación de desarrollar el derecho fundamental innominado a que sea intentado con el fin de garantizar la prestación de medicamentos y tratamientos experimentales a los pacientes evitando ambigüedades en su aplicación asegurando:

- a) **Accesibilidad:** Establecer la clase de tratamientos experimentales a los que pueden acceder los titulares del derecho, teniendo como parámetro las Resoluciones 8430 de 1993, Resolución 2378 de 2008 del Ministerio de Protección Social y concordantes, así como los protocolos de inspección y vigilancia del Invima frente a los tratamientos entregados al paciente, concretando el financiamiento requerido para tal fin, teniendo en cuenta que las EPS estarían llamadas a brindar la atención y prestación del medicamento o tratamiento experimental, estableciendo si el costo deberá ser asumido directamente por el Sistema de Seguridad Social en Salud, lo que implica recobros a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o si la prestación de tales servicios deberán ser con participación de los desarrolladores del medicamento o tratamiento experimental, o del paciente cuando sea posible.
- b) **Información:** Delimitar las obligaciones del paciente en el derecho a la información sobre el uso adecuado y responsable del tratamiento experimental, así como en la divulgación de la información correspondiente al tratamiento experimental, su proceso de desarrollo y demás, y su protección como sujeto de especial protección constitucional. Respecto a las EPS, establecer su obligación frente al acceso e información a los titulares del derecho fundamental sobre todos los aspectos que puede llevar el uso de tratamientos experimentales soportando esto con evidencia científica suficiente.
- c) **Reparación de daños:** Establecer las obligaciones y responsabilidades de los terceros, laboratorios o desarrolladores del medicamento o tratamiento experimental, en cuanto al suministro, el régimen de responsabilidad por daños adversos del tratamiento, la financiación o prestación de servicios de urgencias a causa del medicamento o tratamiento, consentimiento informado y la promoción de derechos fundamentales del paciente a la información e igualdad al acceso de estos tratamientos o medicamentos.
- d) **Suministro:** Establecer la cadena de distribución entre desarrollador o fabricante y paciente, el embalaje de los medicamentos de ser el caso, así como la disposición de desechos; la forma y criterios para el suministro al paciente, y en este punto se propone que las EPS sirva como mediador o intermediario de acuerdo con el artículo 131 del Decreto-Ley 19 de 2012.

CONCLUSIONES

Los derechos innominados son inherentes al ser humano, tal y como predica el *Ius Naturalismo* de los derechos fundamentales, y buscando su materialización, se ha optado por enumerarlos en documentos que obligan a la sociedad, al Estado, y a las instituciones, a garantizar y asegurar el goce efectivo de los derechos por parte de sus titulares, estos documentos no son otros que declaraciones, convenciones, acuerdos o los mismos textos constitucionales.

Esta consagración taxativa puede suponer una limitación a reconocer otros derechos del que es titular una persona pero no se encuentran dentro de ese catálogo de derechos enumerados, o nominados, sin embargo esto no sucede, la sociedad se ha cuidado de que el listado de derechos se mantenga actualizado y coherente con su actualidad, lo que ha sido posible gracias a la cláusula de derechos innominados la cual permite que órganos habilitados reconozcan esos derechos no enlistados, o innominados, mediante la argumentación detallada y minuciosa del fundamento y la importancia de su reconocimiento, identificando los efectos negativos de no hacerlo, el objeto jurídico de protección, con el fin de determinar y establecer el núcleo esencial que protege el nuevo derecho para garantizar así la seguridad jurídica de los derechos fundamentales emergentes frente a las injerencias estatales o de terceros.

Sin embargo, este ejercicio de reconocer derechos innominados no es un proceso pacífico, usualmente conlleva una lucha intensa donde los titulares del nuevo derecho presionan al aparato estatal y sus instituciones para que se materialice ese reconocimiento y se brinden los medios para su ejercicio, una presión social que se justifica, principalmente, porque el Estado y sus instituciones suelen carecer de la voluntad jurídica y política para hacerlo por sí mismos.

Un ejemplo de esto es el derecho fundamental innominado *a que sea intentado*, un derecho que no existe en el texto constitucional pero que vio la luz acudiendo a la cláusula de derechos innominados. La Corte Constitucional, en sala de revisión de una acción de tutela, se percató de que toda persona en estado vegetativo persistente o estado de conciencia mínima, y su familia, tienen el derecho a intentar lograr salvar su vida, su curación o su mejoría, mediante el uso de medicamentos o tratamientos catalogados como experimentales, cuando

las alternativas médicas avaladas ya han sido agotadas y no tuvieron efecto positivo en el diagnóstico, siempre y cuando esos medicamentos o tratamientos experimentales cuenten con una evidencia médico científica donde se advierta una posibilidad o una mínima certeza de mejorar la calidad de vida y salud del paciente (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-057, 2015).

Reconocer este derecho fundamental *a que sea intentado* resultaba imperativo en aras de proteger la vida, la salud, la dignidad y la autonomía de sus titulares, su desconocimiento iría en contra de los fines del Estado Social de Derecho de proteger los derechos y garantías de los ciudadanos, supondría negarle una última opción a quien ya lo ha hecho todo para salvar o mejorar su vida.

Ahora, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha elevado este derecho innominado a fundamental, por su núcleo esencial y por involucrar a personas de especial protección constitucional, el instrumento idóneo para su protección se concreta en la acción constitucional de tutela que habilita al paciente y a sus familiares reclamar ante los jueces la protección inmediata de su derecho constitucional fundamental a que sea intentado cuando quiera que sea vulnerado o amenazado.

Para acceder a tal protección, se deberá acreditar que el titular es un paciente que ha sido diagnosticado en estado vegetativo persistente o estado de conciencia mínima a quien su médico tratante le recomienda un medicamento o tratamiento experimental como última posibilidad de tratamiento, curación o mejoría; este paciente, o su familia, deben conocer que la alternativa aún está en desarrollo y estudio, saber de los riesgos, las reacciones y posibles efectos adversos al que se exponen, este conocimiento debe constar en un consentimiento informado firmado por los titulares del derecho; como ya se ha expuesto, también se deberá acreditar que hay posibilidad o una mínima certeza de que el paciente se cure o se recupere de su estado gracias al tratamiento o medicamento experimental ordenado, allegando la información médico científico del estudio que respalde y lo avale. El operador judicial que conoce de la acción de tutela deberá ponderar, de acuerdo con la información allegada, que la posibilidad de curación o mejoría que brinda esa alternativa justifica el riesgo que se corre por el uso de un tratamiento o medicamento en desarrollo; si el juez encuentra que

hay lugar a la protección constitucional, fundamentado en el derecho fundamental innominado, habrá de ordenar la prestación de ese tratamiento o medicamento experimental.

Retomando el tema del activismo social, si bien el derecho fundamental *a que sea intentado* es novedoso en el contexto colombiano no lo es a nivel internacional. Este derecho fue alegado inicialmente en Estados Unidos donde, aunque fue reconocido, propició el desarrollo legislativo de un marco jurídico que permitiera el acceso expandido a medicamentos y tratamientos experimentales a pacientes oncológicos en fase terminal sin otras posibilidades de tratamiento, atendiendo a los reclamos de un sector específico de la sociedad. En el contexto colombiano, la lucha de un padre en una situación límite cuya hija había sido desahuciada por no contar con otras opciones de tratamiento dio pie al reconocimiento del derecho fundamental *a que sea intentado*, sustentado en un argumento sólido que sirvió incluso como referente para que este mismo derecho fuese reconocido en Brasil nuevamente para pacientes de cáncer.

Lo anterior implica que un debate innovador en el campo del derecho, principalmente en materia de derechos humanos, puede tener repercusiones en otras latitudes, más allá de las fronteras nacionales, que puede incluso causar, además de su reconocimiento, la ampliación del espectro de acción como, por ejemplo, como ocurre en Colombia donde se evoluciona la titularidad de este derecho a pacientes en estado vegetativo persistente o estado de conciencia mínima.

Lo expuesto hasta aquí respecto del reconocimiento de este derecho a que sea intentado no exime al Estado y demás instituciones de su deber de desarrollar este derecho fundamental *a que sea intentado* en el sentido de crear y habilitar los medios e infraestructura que asegure su goce efectivo. Teniendo en cuenta que se trata de derecho de tipo fundamental, por mandato constitucional, el medio para reglamentar o desarrollar la forma en que se ha de ejercer el derecho a que sea intentado es por conducto de una ley estatutaria, con ella se podrá incluso ampliar la titularidad de este derecho a todos los pacientes que, habiendo agotado todas las opciones médicas avaladas y autorizadas, optan por una alternativa experimental para salvar su vida, recuperarse de su diagnóstico, en aras de propender por la igualdad de las personas.

Así mismo, también es necesario reglamentar el tipo y condiciones de los tratamientos experimentales a suministrarse al amparo del derecho fundamental *a que sea intentado*, incorporar los principios a respetar por todos los actores involucrados, los procesos y procedimientos para satisfacer el derecho fundamental desde una base científica y económica suficiente, las autoridades responsables y la participación de terceros en el suministro, o el régimen de responsabilidad y atención médica ante efectos adversos o urgencias.

De esta manera, lo que se quiere proponer es la armonización de la Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015, con las necesidades de las personas con diagnósticos desesperanzadores y la jurisprudencia constitucional en materia de medicamentos y tratamientos experimentales; que se superen las trabas que las autoridades y administradora de los servicios de salud elevan para su no prestación, que normalmente se encuentran sustentadas en la exclusión de estas opciones médicas tan solo porque la ley estatutaria así lo dice. Y una forma de hacerlo, a juicio de los autores, es crear en Colombia un programa de acceso temprano o expandido a medicamentos o tratamientos en desarrollo sin tener que depender de ser admitido en el ensayo clínico como sujeto de prueba, en el que se incentive la cultura científica en el país donde los pacientes también acuden en la búsqueda de opciones científicas para tratar sus diagnósticos, además de fomentar el respeto al dictamen y las órdenes del médico que ha tratado y conoce la historia clínica del paciente que invoca su derecho fundamental innominado *a que sea intentado*.

Es lo mínimo que podría hacer la sociedad y el Estado por una persona en una situación límite, devastadora y desesperanzadora.

REFERENCIAS

- 111 Congreso de los Estados Unidos (2010). Patient Protection and Affordable Care Act [Public Law 111-148]. Recuperado de <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/3590/all-info>
- 115 Congreso de los Estados Unidos (30 de mayo de 2018) Trickett Wendler, Frank Mongiello, Jordan McLinn, and Matthew Bellina Right to Try Act [Public Law 115-176]. Recuperado de <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/204>
- 1er Congreso de los Estados Unidos (15 de diciembre de 1791). Carta de Derechos. Recuperado de <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/Spanish-translation-U.S.-Bill-of-Rights.pdf>
- 75 Congreso de los Estados Unidos (25 de junio de 1938). Federal Food, Drug, and Cosmetic Act. [Public Law 75-717]. Recuperado de (<http://uscode.house.gov/browse/prelim@title21&edition=prelim>)
- Agência Nacional de Vigilância Sanitária (2013). Aprova o regulamento para os programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo [Resolución 38]. Recuperado de https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Assistant Secretary for Public Affairs [ASPA] (s.f). *About the Affordable Care Act*. HHS.gov. Recuperado de <https://www.hhs.gov/healthcare/about-the-aca/index.html>
- Aulete (s.f.a). Réu. Aulete Digital. Recuperado de <http://www.aulete.com.br/réu>
- Aulete (s.f.b). *Liminar*. Aulete Digital. Recuperado de <https://www.aulete.com.br/liminar>
- Aulete (s.f.c). Portaria. Aulete Digital. Recuperado de <https://www.aulete.com.br/portaria>
- Bellinghini, R. (26 de abril de 2017) El furor por la cura del cáncer con fosfoetanolamina en Brasil: Una historia aleccionadora. *Medscape*. Recuperado de <https://espanol.medscape.com/verarticulo/5901455>
- Ciruzzi, M. (2011). El Caso B., A.J. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo: Cuando el Derecho impone la Ciencia. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Maria-Ciruzzi/publication/259444662_Voces_SALUD_-PROVINCIAS_-RELACION_MEDICO_PACIENTE_-AM- PARO_-MINISTERIO_PUBLICO_-BIOETICA_-MEDICAMENTOS_-TRATAMIENTO_MEDICO_- CONSENTIMIENTO_DEL_PACIENTE_-IN-

CUMPLIMIENTO_CONTRACTUAL_-DERECHO_A_LA_INTIMID/
links/00b4952b9efca925f8000000/Voces-SALUD-PROVINCIAS-RELA-
CION-MEDICO-PACIENTE-AMPARO-MINISTERIO-PUBLICO-BIOE-
TICA-MEDICAMENTOS-TRATAMIENTO-MEDICO-CONSENTIMIEN-
TO-DEL-PACIENTE-INCUMPLIMIENTO- CONTRACTUAL-DERE-
CHO-A-LA-INTIMID.pdf

Clínica Mayo (s. f.). ¿En qué consiste el uso compasivo de los medicamen-
tos experimentales? Mayo Clinic. [https://www.mayoclinic.org/es-es/
healthy-lifestyle/consumer-health/expert-answers/compassionate-use/
faq-20058036?reDate=04092020](https://www.mayoclinic.org/es-es/healthy-lifestyle/consumer-health/expert-answers/compassionate-use/faq-20058036?reDate=04092020)

Congreso de Colombia (16 de febrero de 2015). Ley Estatutaria de Salud [Ley
1751 de 2015]. DO: 49.427.

Congreso de Colombia (23 de diciembre de 1993) Por la cual se crea el sistema
de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones [Ley 100 de
1993]. DO: 41.148.

Congreso de los Estados Unidos (23 de marzo de 2010) Patient Protection and
Affordable Care Act [Public Law 111-148]. Recuperado de [https://www.
govinfo.gov/content/pkg/COMPS-9307/uslm/COMPS-9307.xml](https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-9307/uslm/COMPS-9307.xml)

Congreso do Brasil de Brasil (13 de abril de 2016). Autoriza o uso da fosfoe-
tanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna
[Ley 13.269]. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/
ato2015-2018/2016/lei/l13269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13269.htm)

Congresso Nacional do Brasil (11 de enero de 1973). Código de Processo Civil
[Lei No. 5.869 de 1973]. Recuperado de [https://www.planalto.gov.br/cciv-
vil_03/leis/l5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)

Congresso Nacional do Brasil (16 de marzo de 2015). Código de Processo Ci-
vil [Lei No. 13.105 de 2015]. Recuperado de [https://www.planalto.gov.br/
ccivil_03/leis/l5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)

Congresso Nacional do Brasil (19 de septiembre de 1990). Dispõe sobre as
condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organi-
zação e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras provi-
dências [Lei No. 8.080 de 1990]. Recuperado de [http://www.planalto.gov.
br/ccivil_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)

Congresso Nacional do Brasil (26 de enero de 1999). Define o Sistema Nacio-
nal de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sani-
tária, e dá outras providências [Lei No. 9.782 de 1999]. Recuperado de
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado de [http://www.
secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.
html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

- Constituição da República Federativa do Brasil [Const.] (1988). Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (12 de febrero de 2015). Sentencia T-057 [MP. Martha SÁCHICA].
- Corte Constitucional, Sala Plena (20 de octubre de 1999) Sentencia SU-819 [MP. Alvaro Tafur].
- Corte Constitucional, Sala Plena (29 de mayo de 2014) Sentencia C-313 [MP. Gabriel Mendoza].
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (24 de junio de 1992) Sentencia T- 406 [MP. Ciro Angarita].
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (7 de junio de 2001). Sentencia T-597 [MP. Rodrigo Escobar].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (31 de julio de 2008) Sentencia T- 760 [MP. Manuel Cepeda].
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (15 de diciembre de 2005) Sentencia T-1330 [MP. Humberto Sierra].
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (15 de enero de 2018). Sentencia T-001 [MP. Cristina Pardo].
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (2 de abril de 2013) Sentencia T-180 [MP. Jorge Pretelt].
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (29 de agosto de 2013) Sentencia T-586 [MP. Nilson Pinilla].
- Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia (7 de agosto de 2007) 495 F.3d 695 [CJ. Ginsburg].
- Da S. Lima, J. (2017). A fosfoetanolamina sintética, a regulação de medicamentos no Brasile o direito do paciente de tentar a cura. *Raízes no Direito*, 6(1), 79-99. doi: 10.29287/2318-2288.2017v6i1
- De Avelar, E. (16 de diciembre de 2015). Considerações sobre a tutela de urgência no CPC de 2015. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/79141642.pdf>
- Duque, M. (2018). Precedente constitucional en materia de “derecho a ser intentado” o “right to try” para tratamientos experimentales. *CES Derecho*, 9(1), 143-163. doi: 10.21615/cesder.9.1.8
- Ferreira, A. (2011) Los derechos innominados en Colombia Reflexiones sobre su origen. *Cuadernos de Derecho Público*, (3), 71-150. Recuperado de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/CDP/article/view/1519>

- Goldwater Institute (2015) *Legislation would allow 'right-to-try' trial drugs*. Goldwater Institute. Recuperado de <https://www.goldwaterinstitute.org/legislation-would-allow-right-to-try-trial-drugs/>
- Goldwater Institute (s. f.). About. Goldwater Institute. Recuperado de <https://goldwaterinstitute.org/about/>
- Healthcare (s.f.a). Find out what Marketplace health insurance plans cover. HealthCare.gov. Recuperado de <https://www.healthcare.gov/coverage/what-marketplace-plans-cover/>
- Healthcare (s.f.b). Health insurance plan & network types: HMOs, PPOs, and more. HealthCare.gov. Recuperado de <https://www.healthcare.gov/choose-a-plan/plan-types/>
- Healthcare (s.f.c). Where to Receive Low Cost Health Care in Your Community. HealthCare.gov. Recuperado de <https://www.healthcare.gov/community-health-centers/>
- Instituto Suramericano de Gobierno en Salud [Isags-Unasur] (2012). Sistema de salud en Brasil. Recuperado de <https://web.archive.org/web/20181105122108/http://isags-unasur.org/es/sistema-de-salud-en-brasil/>
- Internet archive (2016) *Right to try Model Legislation*. Way back Machine: Goldwater Institute. Recuperado de https://web.archive.org/web/20160115074936/https://goldwater-media.s3.amazonaws.com/cms_page_media/2015/1/28/RIGHT%20TO%20TRY%20MODEL%20LEGISLATION%20%282%29_1.pdf
- Iriart, C. (2016). El sistema de salud de los Estados Unidos: Mitos y realidades (Parte I). *Saúde em Redes*, 2(1), 7-21. doi: 10.18310/2446-4813.2016v2n1p07-21
- Jacobson, P. D., & Parmet, W. E. (2007). A New Era of Unapproved Drugs. *JAMA*, 297(2), 205-208. doi:10.1001/jama.297.2.205
- Joffe, S., Fernández, H. (2018). Federal Right-to-Try Legislation - Threatening the FDA's Public Health Mission. *The New England Journal of Medicine*. 378, 695-697. doi: 10.1056/NEJMp1714054
- Jornal do Brasil (19 de mayo de 2016). STF suspende uso da pílula do câncer. *Jornal do Brasil*. Recuperado de <https://web.archive.org/web/20160520122911/http://www.jb.com.br/pais/noticias/2016/05/19/stf-suspende-uso-da-pilula-do-cancer/>
- Lissardy, G. (9 de noviembre de 2015). La polémica píldora “milagrosa” que les recetan a los pacientes con cáncer en Brasil. *BBC Mundo*. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151107_brasil_polemica_pildora_del_cancer_gl

- Medicaid (s.f.). *Medicaid Eligibility*. Medicaid.gov. Recuperado de [https://www.medicare.gov/medicaid/eligibility/index.html](https://www.medicare.gov/what-medicare-covers/your-medicare-coverage-choices/whats-medicare)
- Medicare (s.f.). *What's Medicare?* Medicare.gov. Recuperado de <https://www.medicare.gov/what-medicare-covers/your-medicare-coverage-choices/whats-medicare>
- Ministério da Saúde (12 de agosto de 2013). Aprova o regulamento para os programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo [Resolución 38]. Recuperado de http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html
- Ministerio de la Protección Social (27 de junio de 2008). Por la cual se adopta el Manual de Buenas Prácticas Clínicas de la Organización Panamericana de la Salud [Resolución 2378 de 2008]. Recuperado de <https://www.ins.gov.co/Normatividad/Resoluciones/RESOLUCION%202378%20DE%202008.pdf>
- Ministerio de Salud y la Protección Social (10 de mayo de 2018). Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones [Resolución 1885 de 2018]. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-1885-de-2018.pdf>
- Ministerio de Salud y la Protección Social (15 de abril de 2016). Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones [Resolución 1328 de 2016]. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201328%20de%202016.pdf
- Ministerio de Salud y la Protección Social (27 de junio de 2008). Por la cual se adoptan las Buenas Prácticas Clínicas para las instituciones que conducen investigación con medicamentos en seres humanos [Resolución 2378 de 2008]. Recuperado de <https://www.ins.gov.co/Normatividad/Resoluciones/RESOLUCION%202378%20DE%202008.pdf>
- Ministerio de Salud y la Protección Social (4 de octubre de 1993). Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud [Resolución 8430 de 1993]. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/RESOLUCION-8430-DE-1993.PDF>
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). Pacto de San José de Costa Rica. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

- Parson, P. (19 de mayo de 2014) Colorado first state to pass 'Right to Try,' or the 'Dallas Buyers' Club' law. *PBS News Hour*. Recuperado de <https://www.pbs.org/newshour/health/colorado-first-state-pass-right-try-dallas-buyers-club-law>
- Paz, M. (2012). Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano. *Gaceta Médica de México*, 148(4), 406-410. Recuperado de <http://new.medigraphic.com/cgi-bin/resumen.cgi?IDARTICULO=36743>
- Ponce, C. (1995). Bioética y Derecho Internacional Público. *Cuadernos de Bioética*, 6(23), 338-342.
- Quinhoes, T. y Fleury, S. (2005). La reforma del sistema de salud de los Estados Unidos de América en los años 90. *Salud Colectiva*, 1(2), 129-153. doi: 10.18294/sc.2005.41
- Rodrigues, E. y Alvarez, S, (2016). A luta pela consagração do direito de tentar à luz dos direitos fundamentais. En R. Feitosa (Presidencia), *Direito e desigualdades: Um diagnóstico e perspectivas para um Brasil justo*. Congreso llevado a cabo en el XXV Encontro Nacional do Conpedi, Brasilia, Brasil.
- Supremo Tribunal Federal Seção Judiciária do Rio de Janeiro 16ª vara federal cível (3 de febrero de 2016). Processo No. 0011182-52.2016.4.02.5101 2016.51.01.011182-1 [MR. Wilney Magno de Azevedo Silva].
- Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno (26 de octubre de 2020) Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 [MR. Marco Aurélio].
- Torres, D. (2008). Criterios utilizados por la Corte Constitucional para establecer un catálogo abierto de derechos fundamentales (Trabajo de grado). Recuperado de [https://docplayer.es/15011945-Criterios-utilizados-por-la-corte-constitucional-para-establecer-un-catalogo-abier-to-de-derechos-fundamentales-daniel-fabian-torres-bayona.html](https://docplayer.es/15011945-Criterios-utilizados-por-la-corte-constitucional-para-establecer-un-catalogo-abierto-de-derechos-fundamentales-daniel-fabian-torres-bayona.html)
- U.S. Food and Drug Administration [FDA] (s.f.) *What do we do*. FDA. Recuperado de <https://www.fda.gov/about-fda/what-we-do>
- UOL (14 de febrero de 2017). Pílula do câncer será importada legalmente, mas venda é proibida no Brasil. *UOL*. Recuperado de <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/02/14/com-venda-online-pilula-cancer-sera-importada-legalmente-para-o-brasil.htm>

LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN Y TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS DENTRO DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS CIVILES EN COLOMBIA

Luisa María Melo Arias¹

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2021

Referencia: Melo, L. (2021). Las medidas cautelares como mecanismos de protección y tutela efectiva de derechos dentro de los procesos declarativos civiles en Colombia. *Revista Científica Codex*, 7(13), 199-223.

RESUMEN

La importancia de las medidas cautelares como mecanismos de protección y tutela efectiva de derechos dentro de los procesos declarativos civiles en Colombia reviste una trascendencia tal, que requieren ser analizadas en su trasfondo como un derecho de las partes dentro del proceso y no solo como un derecho de parte. Dentro del presente artículo se efectuará un breve análisis respecto a la función constitucional de las medidas cautelares en los procesos declarativos regulados por el Código General del Proceso, y su estado actual en el estatuto procesal, con el fin de dilucidar la finalidad última de tales herramientas dentro del proceso y plantear por último, cómo las mismas se constituyen en prerrogativas otorgadas a ambas partes dentro del entramado procesal, bien sea desde un punto de vista activo o pasivo.

Palabras clave: tutela judicial, medida cautelar, pretensión cautelar, legitimación, cautela innominada.

1. Abogada egresada de la Universidad de Nariño, conciliadora en derecho, estudiante de la Especialización en Derecho Procesal Civil de la misma institución. Correo: luisamelo9719@gmail.com.

ABSTRACT

The importance of precautionary measures as mechanisms for the protection and effective judicial protection of rights within civil declarative processes in Colombia is of such importance that they need to be analyzed in their background as a right of the parties within the process and not only as a right of part. Within this article, a brief analysis will be made regarding the constitutional function of precautionary measures within the declarative processes regulated by the General Code of Procedures, and their current status in the procedural statute, in order to elucidate the ultimate purpose of such tools within the process and finally propose how they constitute prerogatives granted to both parties within the procedural framework, either from an active or passive point of view.

Keywords: judicial protection, precautionary measure, precautionary claim, legitimation, unnamed precautionary measure.

INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares entendidas como medidas preventivas dentro de los procesos judiciales declarativos en Colombia actualmente regulados por el Código General del Proceso, se han constituido en el elemento idóneo, dispuesto en la norma procesal, para lograr el efectivo cumplimiento de la sentencia que pone fin a un litigio y que la misma no resulte ilusoria; siendo así que las medidas cautelares se convierten por excelencia en un mecanismo que permite garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados; para Carlos Colmenares (2018) las medidas cautelares:

Tienen por objeto los bienes o las pruebas para asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, y tienden a impedir que su oportunidad pueda convertirse en ilusoria la condena que ponga fin al proceso y a mantener la igualdad de las partes y principalmente la tutela jurídica. (p. 14)

De esta manera, si el objetivo principal de las medidas cautelares preventivas es hacer efectivas las órdenes impartidas en una sentencia judicial precaviendo el riesgo de incumplimiento de tal providencia, o en palabras de Piero Calamandrei (1984) “facilitar el resultado práctico de una ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la mismas” (p. 56); vale la pena analizar si

tal garantía de efectividad, tiene la facultad de hacerse extensiva a la parte pasiva dentro de un proceso judicial cuando en el mismo y por disposición legal se le permite elevar pretensiones, y no solo radicarse en cabeza de quien acude a la jurisdicción promoviendo un litigio, sin desconocer la importancia de estas medidas para el demandante dentro del respectivo proceso; generando así una posible excepción a la concepción general conforme a la cual el demandante es quien tiene la exclusiva legitimación para solicitar ante el respectivo Juez medidas cautelares preventivas para la protección de sus derechos dentro de un proceso declarativo. Ante este planteamiento, la presente investigación se desarrolló en torno a establecer si ¿las medidas cautelares son mecanismo de protección y tutela efectiva de derechos dentro de los procesos declarativos en Colombia para todas las partes en litigio?

Bajo este entendido, el presente artículo se orientó a evaluar si las medidas cautelares consagradas en el Código General del Proceso son mecanismos de protección y tutela efectiva de derechos dentro de los procesos declarativos civiles en Colombia, para cualquiera de las partes que intervienen en los mismos, bien sea de manera activa o pasiva. Con dicha finalidad, se abarcaron tres objetivos específicos, el primero de ellos buscó establecer el propósito que cumplen las medidas cautelares dentro del ordenamiento jurídico nacional; el segundo objetivo estuvo encaminado a analizar el régimen de medidas cautelares en los procesos declarativos en Colombia, introducido en la legislación nacional con el Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012; el tercer objetivo se orientó a analizar las medidas cautelares innominadas dentro de los procesos declarativos y la legitimación en su solicitud como mecanismo de protección y tutela efectiva de derechos para las partes del proceso, y los escenarios en los que dicha cautela puede cumplir tal función.

La presente investigación se abordó desde un paradigma cualitativo con enfoque hermenéutico, empleando como método el análisis de doctrina especializada y fuentes jurisprudenciales. De tal manera que para alcanzar el primer objetivo se efectuó una revisión de fuentes doctrinales especializadas en materia de medidas cautelares, y una revisión jurisprudencial en torno a las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, relativas a la interpretación de tales cautelares, obteniendo como resultado una idea concreta respecto al papel de las mismas dentro del ordenamiento jurídico nacional. En el segundo objetivo, se realizó un estudio legislativo del régimen de medidas cautelares en los

procesos declarativos en Colombia, acudiendo para su interpretación a doctrina especializada, con lo que se pudo determinar qué medidas cautelares son aplicables hoy dentro de un proceso declarativo, y cuáles son sus requisitos de procedibilidad. Finalmente, a través de una revisión legislativa y doctrinal, y bajo un enfoque hermenéutico, se logró determinar la esencialidad de las medidas cautelares innominadas, sus características, requisitos, y legitimación activa requerida para su procedencia.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO PARTE INTEGRAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Desde una concepción y definición clásica, las medidas cautelares dentro de los procesos judiciales han sido concebidas como un instrumento efectivo para asegurar el cumplimiento de la sentencia dictada en los mismos, y para que las órdenes impartidas en ella no resulten ilusorias y de imposible cumplimiento. Sin embargo, hoy en día dicho concepto clásico ha escalado a un nivel distinto, en palabras de la profesora Mónica Alejandra León (2018), con el paso de los años, la razón de ser de las medidas cautelares se amplió con el fin de lograr una tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, por lo que la finalidad de las cautelares sobrepasa el concepto clásico, ya que la tutela judicial efectiva no se logra solo con asegurar anticipadamente la sentencia sino que, en concepto de la autora, incluye otros fines como: (i) preparar el eventual cumplimiento de la sentencia; (ii) anticipar el fallo; (iii) hacer cesar los perjuicios que se están causando a las partes o reparar el daño; (iv) evitar que se causen perjuicios para las partes; (v) proteger intereses legítimos involucrados en el proceso; (vi) suspender los efectos de actos que den apariencia de inconstitucionales o ilegales; y (vii) recaudar elementos de prueba².

-
2. Un ejemplo del avance conceptual y finalista que han tenido las medidas cautelares en Colombia, se puede encontrar en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, específicamente en la consagración de la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos dentro de los procesos declarativos de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derechos; para el profesor Libardo Orlando Riascos Gómez la finalidad de este tipo de medida cautelar como lo consagra el C.P.A y C.A., no solo es proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sino que también, este tipo particular de cautela, busca: (...) proteger los derechos fundamentales de las personas y evitar se causen o se sigan causando daños y perjuicios por la ejecutividad o ejecutoriedad de los actos administrativos de carácter particular (Auto de noviembre 6 de 2014, Sección Quinta del C. de E.), o de carácter general en los que se incorporen derechos fundamentales (conocidos en doctrina como actos mixtos o actos condición); o bien, para evitar se siga vulnerando, desconociendo o quebrantando el ordenamiento jurídico vigente, cuando se trata de actos administrativos de carácter general, abstracto, impersonal u objetivos (Riascos, 2017, p. 128).

La jurisprudencia constitucional de antaño ha entendido que el acceso a la administración de justicia –tutela judicial efectiva–, es una necesidad inherente al ser humano³. En la sentencia C-086 de 2016 la Corte Constitucional colombiana, al estudiar la constitucionalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, recordó que la tutela judicial efectiva es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho con respaldo no solo en la Carta Política, sino también en los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad⁴, en palabras de la Corte, la tutela judicial efectiva:

Se traduce en la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-086, 2016).

Consecuentemente, en la providencia antes citada, la Corte indicó que este derecho fundamental no solo implica la existencia de mecanismos nominales que pongan en marcha a la administración de justicia, sino que requiere “un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-086, 2016), explicando a su vez, que tal derecho hace parte del núcleo esencial del debido proceso, por lo que es de aplicación inmediata, y “se garantiza a través de las distintas acciones y recursos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de los derechos”⁵ (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-086, 2016).

3. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión (8 de septiembre de 1998). Sentencia T-476 [MP Fabio Morón Díaz]; Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (29 de mayo de 2002). Sentencia C-426 [M. Rodrigo Escobar Gil].
4. El fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra especialmente en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, así como también en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (15 de mayo de 2013) Sentencia C-279 [MP Jorge Pretelt Chaljub]; Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (27 de marzo de 2014) Sentencia C-180 [MP Alberto Rojas Ríos]; Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión (3 de junio de 2015) Sentencia T-339 [MP Jorge Palacio Palacio].
5. Cfr. Sentencia C-207 de 2003.

De esta forma, es posible afirmar que, como derecho fundamental, la tutela judicial efectiva incluye dentro de sus elementos a las medidas cautelares, pues tal y como fueron consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, no pueden ser entendidas como un simple instrumento aislado para el cumplimiento de la sentencia, sino que hacen parte de un todo, integradoras no solo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino también del debido proceso, razonamiento que el profesor Jorge Forero Silva (2020), explica así:

El régimen cautelar tiene una fuente constitucional, puesto que (i) facilita el acceso a la justicia en la medida de que el accionante cuenta con cautelas que justifican acudir ante el operador de justicia, (ii) hace posible la igualdad de las partes, y (iii) contribuye para que prevalezca el derecho sustancial, toda vez que si el juez concede la razón al demandante será posible materializar las decisiones adoptadas (p. 29).

En el mismo sentido, el profesor Jairo Parra Quijano (2013) manifiesta:

La Corte Constitucional colombiana ha señalado en repetidas oportunidades, que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (Const. Pol. Arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege de manera provisional y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales (...) (p. 306).

Dicha concepción del régimen cautelar establecido en el ordenamiento jurídico nacional, es confirmada por la postura de la Corte Constitucional con base a la cual, la tutela cautelar constituye una parte integral del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, pues no solo garantiza la efectividad de la sentencia, sino que contribuye a un mayor equilibrio procesal, al asegurar que quien acude a la justicia mantenga un estado de cosas semejante al que existía cuando acudió a los jueces, siendo que “las medidas cautelares tienen un amplio sustento constitucional, ya que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho a la administración de justicia y contribuyen a

la igualdad procesal” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-352, 2017).

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS DENTRO DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Una vez vista la importancia constitucional que implica el régimen cautelar dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y con el fin de auscultar el tema central del presente artículo, analizando la viabilidad de un estatus amplio en cuanto a la legitimación de las partes en litigio dentro de los procesos declarativos civiles en Colombia de cara a la solicitud de cautelas, resulta pertinente verificar el estado actual de dicho régimen dentro del estatuto procesal que lo contiene.

El Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, estableció en su libro cuarto, un régimen de medidas cautelares y cauciones en el cual se regula la solicitud, decreto y práctica de cautelas dentro de procesos judiciales declarativos y ejecutivos. En esta oportunidad, el tema central de análisis referirá directamente con las medidas cautelares dentro de los procesos declarativos, por lo que resulta preciso anotar que este tipo de cautelas no representan una novedad introducida por el Código General del Proceso, pues las mismas también se consagraron en el antiguo estatuto procesal, Código de Procedimiento Civil - Decreto 1400 de 1970, pero únicamente permitidas dentro de los procesos ordinarios que regulaba esta norma.

Bajo este panorama, tenemos que, si bien la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro de un proceso declarativo no resulta una novedad dentro del actual estatuto procesal, dicho código sí introdujo sendas innovaciones a este régimen cautelar, como se verá a continuación.

Sea lo primero indicar que el artículo 590 del Código General del Proceso permite, desde la presentación de la demanda, la solicitud de tres tipos de cauciones dentro de los procesos declarativos que el mismo regula⁶, a saber: (i) la inscripción de la demanda sobre bienes su-

6. El libro Tercero, Sección Primera del Código General del Proceso, contiene y regula los procesos declarativos, concebidos como procesos verbales, verbales sumarios y declarativos especiales, regulados a su vez en el Título I, Título II y Título III, respectivamente de la Sección indicada. Dicho sea de paso, para ciertos procesos declarativos de familia, el Código General del Proceso consagró medidas cautelares específicas, contenidas en el artículo 598 de la norma, a las que no se hará referencia en el presente artículo.

jetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre el dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, (ii) la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro de propiedad del demandado cuando el proceso persiga el pago de perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual, (iii) cualquier otra medida que el juez considere razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la protección (Ley 1564, 2012).

Las dos primeras medidas cautelares enunciadas han sido catalogadas por la doctrina como cautelas nominadas dentro de los procesos declarativos, mientras que la última se cataloga como una cautela innominada⁷, sobre la cual versa principalmente la novedad implementada por el C.G.P en esta materia, pues el anterior Código de Procedimiento Civil no estipulaba la posibilidad de solicitar este tipo de cautelas.

Se debe indicar que las medidas cautelares nominadas exigen para su decreto situaciones fácticas concretas como que en el proceso se persiga el derecho de dominio u otro derecho real sobre los bienes del demandado, o verse sobre el pago de perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual; mientras que la medida cautelar innominada no basa la procedencia de su decreto en el asunto o las pretensiones del proceso, pero sí fue establecida para finalidades específicas, enunciadas en el literal C del artículo 590 del C.G.P., esto es, proteger el derecho en litigio, –la norma no distingue qué tipo de derecho tiene que ser reclamado en la demanda–, impedir su infracción, evitar las consecuencias derivadas de la mismas, prevenir daños, hacer cesar los daños causados, o asegurar la efectividad de la protección.

Por otro lado, el Código de Procedimiento Civil –Decreto 1400 de 1970– establecía en su artículo 690 el régimen de medidas cautelares dentro de los procesos ordinarios, permitiendo que estas se decretaran

7. Al respecto y frente a las medidas cautelares innominadas, Marioni (2013) manifiesta: En el momento en el que surgió la necesidad de impedir la violación de los derechos de la personalidad, la acción cautelar innominada fue utilizada como antecedente de la acción declaratoria, demostrándose la necesidad de un procedimiento de conocimiento en el que fuese posible la obtención de tutela inhibitoria en forma anticipada (p. 979).

desde el auto admisorio de la demanda, cuando la misma versara “sobre dominio u otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, de hecho o de derecho” (Decreto 1400, 1970, art. 690), en este caso, las medidas cautelares que procedían eran: (i) La inscripción de la demanda en cuanto a los bienes sujetos a registro, previa presentación de caución que garantice el pago de las costas y perjuicios que con ella lleguen a causarse, (ii) El secuestro de los bienes muebles, (iii) en el auto admisorio de la demanda que verse sobre indemnización de perjuicios causados por accidente de tránsito, el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño, previa presentación por parte del demandante de los perjuicios que la medida pueda causar. En los procesos ordinarios donde se solicite el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, si el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada o consultada, aquél podía solicitar el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado (Decreto 1400, 1970).

Como se puede evidenciar, las medidas cautelares permitidas por el antiguo y nuevo estatuto procesal no conllevan un gran contraste, pues en lo referente a su solicitud y procedencia presentan las mismas características, diferenciándose en pequeñas cualidades como las cauteles exigidas o la oportunidad para su solicitud.

Empero, y como se puede observar, la innovación introducida por el Código General del Proceso en materia de medidas cautelares gira en torno a la posibilidad de solicitar cauteles innominadas, tal como lo establece el literal C del artículo 590 del estatuto procesal, estas cauteles, son definidas por el profesor José Fernando Sandoval (2020), en el siguiente sentido:

(...) las medidas cautelares de tipo innominado son aquellas cuyo contenido se encuentra indeterminado para que sea la autoridad judicial quien se encargue de elaborar aquella que resulte más adecuada para el caso específico que en ese momento se encuentre resolviendo. Por ello, las características de la medida cautelar que se decrete dependerán de las características puntuales de cada caso. En ese sentido, el juez desempeña el papel de un “artesano jurídico” al elaborar la orden provisional más adecuada para la protección anticipada de los derechos del demandante. (p. 4)

Así, este nuevo tipo de medida cautelar⁸ introducida en la norma procesal, ha sido objeto de diversos estudios y pronunciamientos por parte de la doctrina nacional, y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya que no pocos han sido los interrogantes que surgieron en torno a su solicitud, decreto y práctica.

Es importante resaltar que para el decreto de una medida cautelar innominada el legislador exigió ciertos requisitos adicionales que deben ser analizados por el juez de conocimiento a la hora de ordenarlas, análisis que la misma ley lo relevó de efectuar ante la solicitud de una medida cautelar nominada. De esta forma, el decreto de una cautela innominada dentro de un proceso declarativo procederá previo estudio y verificación de los siguientes elementos: (i) legitimación o interés de las partes para actuar; (ii) la existencia de vulneración o amenaza del derecho; de igual manera, la norma exige al juez tener en cuenta los siguientes elementos de cara a las cautelas innominadas: (a) apariencia de buen derecho; (b) necesidad de la medida; (c) efectividad, y (e) proporcionalidad (Ley 1564, 2012).

Solo previa la verificación y consideración de los elementos antes referidos, el juez podrá decretar una medida cautelar innominada, es-

8. Es importante en este punto aclarar que, si bien el Código General del Proceso introdujo a la legislación procesal civil las medidas cautelares innominadas de manera genérica para todos los procesos declarativos (Sandoval, 2020), dentro de la legislación colombiana ya existían disposiciones procesales especiales que consagraban este tipo de medida cautelar, permitidas solo dentro de ciertos procesos particulares, con temas muy específicos. Así, la Ley 256 de 1996 “Por medio de la cual se dictan normas sobre competencia desleal”, dispuso en su artículo 31 lo siguiente “(...) MEDIDAS CAUTELARES. Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes” (Ley 252, 1996) (Subrayado fuera del texto), anotando que dicha norma no fue derogada por la Ley 1564 de 2012.

De igual manera, la Ley 472 de 1998 que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política nacional, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, estableció en diversos artículos la posibilidad de solicitar cautelas innominadas en estos procesos; para el caso de las acciones populares el inciso 3 del artículo 17 dispone “(...)En desarrollo del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el juez competente que reciba la acción popular tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos” (Ley 472, 1998), y a continuación, el artículo 25 permite “Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes: (...)” (Ley 472, 1998). Finalmente, en materia de acciones populares que versen sobre la moralidad administrativa, el artículo 43 de la Ley 472 permite al juez de conocimiento decretar “las medidas previas o cautelares que estime procedentes” (Ley 472, 1998).

tando facultado para determinar su alcance, duración, modificación, sustitución o levantamiento.

2.1 Solicitud de cautelas innominadas, ¿libertad o restricción?

Uno de los más álgidos debates surgidos en torno a las medidas cautelares innominadas ha sido determinar qué tipo de cautela pueden solicitarse bajo la denominación de tales. Así, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia STC 15244 del 8 de noviembre de 2019 con Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona, determinó que las medidas cautelares innominadas son aquellas distintas a las clasificadas como nominadas, es decir la inscripción de demanda, embargo y secuestro de bienes, de tal forma que no es posible en procesos diferentes a los establecidos en el literal a y b del artículo 590 del C.G.P. solicitar las medidas cautelares que se regulan en estas normas, al respecto la Corte manifestó:

Las cautelas continúan siendo, como en la anterior normatividad procesal civil, la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, el embargo y/o el secuestro; empero, además, se establece la procedencia de las llamadas innominadas y las previstas para los “procesos de familia” (art. 598, C.G.P.).

Tal categorización revela la existencia de una reglamentación propia para cada tipo de medida e impide concluir que la inclusión de las innominadas entraña las específicas y singulares, históricamente reglamentadas con identidad jurídica propia, pues de haberse querido ello por el legislador, nada se habría precisado en torno a la pertinencia y características de las ya existentes (inscripción de la demanda, embargo y secuestro) y tampoco se habrían contemplado las particularidades de las nuevas medidas introducidas. (Subrayado fuera del texto)

Innominadas, significa sin “nomen”, no nominadas, las que carecen de nombre, por tanto, no pueden considerarse innominadas a las que tienen designación específica; como lo expresa la Real Academia Española – RAE- “(...) Innominado(a): Que no tiene nombre especial (...)”. De modo que atendiendo la preceptiva del artículo 590 ídem, literal c), cuando autoriza como decisión cautelar “(...) cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio (...)”, implica entender que se está refiriendo a las atípicas, diferentes a las señaladas en los literales a) y b), las cuales sí están previstas legalmente para casos concretos; de consiguiente, las innominadas no constituyen una vía apta para hacer uso de instrumentos con categorización

e identidades propias (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, STC15244, 2019).

A pesar de la postura establecida por la Sala Civil en la sentencia referenciada, el Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque presentó salvamento de voto a la decisión adoptada por la Corte discrepando con la misma ya que, bajo su concepto, es posible que a título de medida cautelar innominada se soliciten las medidas consagradas en el literal a) y b) del artículo 590 del Código General del Proceso, es decir, que en procesos distintos a aquellos en los que se persigan perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y en los que la demanda verse sobre el dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, es posible solicitar la inscripción de la demanda, el embargo y secuestro de bienes, esto siempre que la solicitud cumpla con los requisitos exigidos por el literal C del artículo 590 del C.G.P., por lo tanto, el solicitante debe contar con legitimación o interés para actuar, debe existir una amenaza o vulneración del derecho, así como apariencia de buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, puesto que en su concepto:

Esto es, las medidas innominadas no solo son las que no están expresamente señaladas en la ley, sino aquellas que estando en el ordenamiento, no lo están para un caso específico o particular, pues frente a este son verdaderamente genéricas a pesar de ser típicas para otras eventualidades.

Ello porque prima la «efectividad de la sentencia» y no la «interpretación restrictiva» que antes era. Así, en las acciones reales, que consagran típicamente solo la inscripción de la demanda, pudiera aplicarse el embargo, que no está expresamente indicado, siempre que por ese camino se vaya tras la efectividad del fallo favorable al actor y se cumplan los requisitos que la norma exige (Lit. c, núm. 1º, art. 590, C.G.P.) (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, STC15244, 2019).

En conclusión, el régimen actual de medidas cautelares consagrado en el Código General del Proceso establece para los procesos declarativos dos tipos de medidas, nominadas e innominadas, teniendo frente a las mismas que, conforme a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, su procedencia debe ajustarse de manera

estricta a las disposiciones reguladas en la norma que las establecen, no siendo procedente su decreto en situaciones distintas a las indicadas en el artículo 590 del C.G.P.

Pese a lo anterior, es necesario en este punto disentir de la posición adoptada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ratificada en la sentencia STC 15244 del 8 de noviembre de 2019, pues si se tiene en cuenta que la finalidad verdadera de las medidas cautelares, como se vio en puntos anteriores, es asegurar el cumplimiento de la sentencia que ponga fin al litigio incoado pero con miras a un objetivo superior que es garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y lograr en el marco del proceso igualdad entre las partes como garantía esencial del debido proceso, lo que no es otra cosa que garantizar derechos fundamentales; persiguiendo dicho fin, la interpretación de las normas que regulan las mismas, especialmente las cautelas innominadas debe ser flexible y garantista, sin desconocer los requisitos de procedibilidad específicos para su decreto. Frente al punto, en palabras de la profesora Mónica Alejandra León (2018), haciendo referencia al literal C del artículo 590 del Código General del Proceso:

La lectura de la norma pone de presente que el juez está facultado para decretar cualquier medida cautelar que sea razonable para cumplir los fines expuestos en el acápite tercero de este escrito, incluso aquellas que puedan estar reguladas en alguna norma –las medidas cautelares innominadas–, pues precisando lo dicho líneas atrás más que la denominación que recibieron las cautelares innominadas, lo que en su esencia contemplan es un poder cautelar amplio y genérico (p. 311).

3. LEGITIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN CAUTELATIVA, UN PUNTO CRÍTICO

Vista la finalidad constitucional que cumplen las medidas cautelares en los procesos declarativos regulados por el Código General del Proceso y el estado actual de dichas cautelas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, resulta preciso traer a colación los elementos necesarios para su decreto y práctica, punto este crucial para determinar quiénes dentro de un proceso judicial se encuentran legitimados para elevar ante el juez una solicitud cautelar en pro de la defensa y materializa-

Luisa María Melo Arias

ción de sus derechos.

Como se estudió en acápite anteriores, conforme lo establece el artículo 590 del Código General del Proceso, los requisitos que debe cumplir una pretensión cautelar dentro de un proceso declarativo para que sea próspera dependen del tipo de cautela solicitada a la autoridad judicial, es decir si la misma se configura como cautela nominada o innominada. Así pues, si se requiere el decreto de una cautela nominada, basta con que la misma se interpele dentro de los procesos declarativos cuyas pretensiones se encuentran enmarcadas en los literales a y b del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P, sin que para su decreto sea necesario un análisis de requisitos adicionales como el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora*; mientras que, si la cautela es innominada resulta preciso determinar en primera instancia, que esta se dirija a cumplir alguno de los fines establecidos en el inciso primero del literal C del artículo 590 del C.G.P.⁹, adicionalmente es indispensable verificar: (i) la legitimación o interés de las partes para actuar; (ii) la existencia de vulneración o amenaza del derecho; (iii) apariencia de buen derecho; (iv) necesidad de la medida, (vi) efectividad, y (vii) proporcionalidad.

No existe mayor punto de discusión frente a los requisitos necesarios para solicitar una cautela bien sea nominada o innominada dentro de un proceso declarativo, sin embargo, de la lectura del artículo 590 del C.G.P., surgen ciertas dudas respecto a quienes se encuentran legitimados para solicitar determinado tipo de cautelas, dudas cuya resolución puede arrojar sendas reflexiones en torno a la legitimación por activa de una pretensión cautelar en el proceso.

En primer lugar, se debe aclarar que no hay incertidumbre frente a la legitimación exclusiva del demandante para solicitar una medida cautelar nominada en un proceso declarativo, ya que las mismas proceden solo en la medida en que las pretensiones del acto procesal inicial se encuentren catalogadas dentro de las estipuladas en los literales a y b del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, incluso, dicha norma es clara el determinar que tales cautelas pueden solicitarse desde la presentación de la demanda, a solicitud del demandante.

9 Que se solicite una medida razonable, cualquiera que sea, dirigida a la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de las mismas, prevenir daños, hacer cesar los que hubieren causado, o asegurar la efectividad de la pretensión (Ley 1564, 2012).

Por otro lado, la legitimación para solicitar a la jurisdicción una medida cautelar innominada, relata una historia distinta. Una lectura superficial del literal C del artículo 590 del C.G.P., podría llevar a la conclusión, valga decir apresurada, de que estas cautelas también se encuentran, como las nominadas, en cabeza exclusiva del demandante, promotor inicial del proceso; empero, se debe tener en cuenta que estas cautelas persiguen finalidades concretas dirigidas a la protección del derecho en litigio, apreciación que debe analizarse con cuidado, pues el derecho o los derechos en el litigio y su protección no son prerrogativas exclusivas del demandante, por el contrario, si lo son de las partes del proceso, ya que de una u otra forma sus intereses, bien sea desde un punto de vista pasivo o activo, se ven involucrados en el trámite procesal para su resolución final.

El artículo 590 del C.G.P., arroja ciertos indicios que permiten entender que las medidas cautelares innominadas son derechos de las partes procesales, y no solo del promotor inicial del litigio. Como se puede observar en el inciso segundo del literal C del artículo referenciado, se establece que la autoridad judicial, previo al decreto de una medida cautelar innominada, debe analizar la legitimación o interés para actuar de las partes, premisa que permite concluir que no solo el demandante está legitimado para solicitar este tipo de cautelas, sino también el demandado, de lo contrario, el legislador no exigiría al juez analizar la legitimación de quien solicita la medida cautelar previo a su decreto, tal y como lo hizo con las cautelas nominadas, en donde, de entrada dotó al demandante de legitimación para su solicitud bajo supuestos específicos antes vistos.

No resulta extraño que dentro de un proceso judicial el demandado tenga la posibilidad, –al contestar la demanda y presentar excepciones–, de realizar solicitudes individuales al Juez que, si bien se derivan del litigio promovido por el demandante, deben ser resueltas en sentencia y su concesión pueden significarle el reconocimiento de derechos y prerrogativas que a la postre requerirán de una ejecución efectiva.

Uno de los más claros ejemplos de la situación antes indicada puede encontrarse en los procesos de restitución de inmueble regulados por los artículos 384 y 385 del Código General del Proceso, dentro de los cuales, la parte pasiva del litigio está habilitada a proponer, como excepción de mérito, el reconocimiento y pago de las mejoras realiza-

das al inmueble, a cargo del demandante; dicha petición de mejoras debe ser resuelta en sentencia y requiere una garantía eficaz para su cumplimiento, en iguales condiciones a las garantías otorgadas al demandante. De igual manera, encontramos que por vía de excepción, el demandado puede elevar solicitudes relativas a ciertas figuras jurídicas que deberán ser resueltas por el juez, lo cual si de pretensiones se tratara, es el caso determinado en el artículo 282 del C.G.P., frente a la proposición de simulación o nulidad relativa como excepciones de mérito, respecto de las cuales, el juez debe pronunciarse expresamente en sentencia, valga anotar, siempre que en el proceso sean partes quienes participaron en el acto o contrato que les dio origen.

Es dable afirmar entonces que la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro de un proceso declarativo se constituye en un derecho que está en cabeza también del demandado, bajo el entendido de que tal solicitud procede cuando el mismo requiera el aseguramiento o protección de un derecho concreto eventualmente amenazado¹⁰, o por otro lado, se encuentra habilitado para proponer excepciones que conlleven el reconocimiento y pago de prestaciones a su favor dentro del respectivo proceso, a ser resueltas en sentencia y cuya materialización exige el decreto de una medida cautelar, esto, porque los derechos del demandado también se dirimen dentro del litigio y requieren de una protección concreta, entendiendo que el objeto del proceso no solo consiste en acceder a la jurisdicción, sino obtener de esta los medios adecuados para la protección de los derechos en juego (Alexy, 2007), independientemente de que parte en el litigio solicite tal protección.

Así, la esencia de las medidas cautelares como herramientas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia judicial que pone fin a un proceso declarativo debe analizarse como una opción viable para ambas partes en litigio y no solo para el demandante, pero en el caso del demandado solo si la medida se dirige a la protección concreta de ciertos derechos eventualmente amenazados¹¹, o si el demandado ha

10. Entiéndase este como el escenario general en el que se permite solicitar medidas cautelares innominadas, conforme a las finalidades dispuestas para las mismas en el literal C del artículo 590 del C.G.P.

11. La solicitud de medidas cautelares requeridas con el fin de proteger medios de prueba sería un ejemplo de esta aseveración, y un evento en el que el demandado tendría la posibilidad de requerir con éxito la protección cautelar, cuando, por ejemplo, dichos medios probatorios sean sustento de los mecanismos de defensa a emplear dentro del proceso, y por distintos motivos exista riesgo de pérdida o deterioro del medio probatorio.

propuesto excepciones que involucren el reconocimiento de un derecho¹², a ser resueltas en sentencia, entendiendo que dicha posibilidad es un mecanismo de tutela efectiva de tales prerrogativas; valga aclarar en este punto que, tal apreciación se efectúa considerando al demandado solo en dicha calidad y no como demandante en reconvención, pues en este caso el demandado inicial adquiere otra calidad, la de demandante, en donde no existe duda alguna frente a su legitimación activa para solicitar cautelas.

El mismo estatuto procesal civil otorga la herramienta adecuada para que, conforme a la tesis planteada, el demandado sea considerado un sujeto con legitimación activa frente a una pretensión cautelar; esta herramienta se materializa en las medidas cautelares innominadas, las cuales, a concepto de la autora, procederán a favor del demandado solo si su solicitud cumple el lleno de los requisitos exigidos por el legislador para su decreto (Ley 1564, 2012). Aunado a lo anterior, resulta preciso plantear, debido a lo atípico que resulta que una medida cautelar sea solicitada por la parte pasiva dentro de un litigio, que es necesario observar, desde una perspectiva puramente académica, ciertos parámetros ante una solicitud cautelar bajo estas condiciones para que la misma sea próspera, parámetros que si bien, y como es lógico, no resultan obligatorios ni adicionales a los requisitos exigidos por el literal C del artículo 590 del C.G.P para las cautelas innominadas, pueden representar una base para determinar cuándo sería procedente y útil bajo un punto de vista práctico que el demandado solicite cautelas, así:

- a. Un indicativo básico para determinar la procedencia y utilidad de una medida cautelar solicitada por el demandado dentro de un proceso judicial es que este, en las oportunidades procesales adecuadas, eleve excepciones de mérito que tengan inmersas pretensiones económicas frente a las cuales el juzgador deba pronunciarse en sentencia, y que la ley le permita resolver y reconocer en la misma.
- b. Este parámetro solo resultaría válido cuando la norma permite, según el tipo de proceso, que la pretensión económica del demanda-

12 A manera de ejemplo se tiene, la proposición como excepción de mérito del reconocimiento de mejoras, frutos, indemnizaciones, multas, por parte del demandado, solo en la medida en que la ley permita discutir los aspectos propuestos por vía de excepción, y no exija para su análisis y procedencia la interposición de una demanda de reconvención.

do se presente como excepción, pues resultaría a todas luces un despropósito solicitar una medida cautelar cuando se propone una excepción de mérito que incluye pretensiones económicas siendo que por ley estas debían ser reclamadas por otra vía procesal como la demanda de reconvención.

- c. Cuando al presentar excepciones de mérito, se incluya solicitudes que a la postre requieran una actividad de la contraparte –entiéndase el demandante–, constituida en una obligación de dar, hacer o no hacer, por ejemplo, en el evento en que se solicita como excepción la nulidad, bien absoluta o relativa de un acto o contrato, que al ser resuelta en sentencia, implique de la contraparte la obligación de efectuar las restituciones que le correspondan conforme al acto jurídico afectado de nulidad. Así, el demandado, al ser quien propone la excepción tiene el derecho de que se cautele su interés, para que dichas restituciones sean efectivas y de pronta ejecución.

Como corolario de lo anterior, se debe indicar que, si bien puede resultar atípico que el demandado tenga una petición cautelar en el proceso declarativo civil, la misma es jurídicamente factible y procedente, bajo el entendido de que la norma brinda los elementos necesarios para que dicha petición prospere, lo que se justifica, así: (i) En primer lugar, la finalidad de las medidas cautelares dentro del ordenamiento jurídico nacional es asegurar el cumplimiento de la sentencia en pro de salvaguardar la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados y el debido proceso como garantía constitucional fundamental, sin distinguir qué calidad deben tener los sujetos procesales para ser titulares de tal protección; (ii) En segundo lugar, el estatuto procesal establece las bases legales conforme a las cuales las autoridades judiciales deben fundamentar su decisión a la hora de decretar una medida cautelar, esto es, que la misma norma indica a los jueces los parámetros que deben identificar y verificar para decretar una cautela, no habiendo riesgo así de que la autoridad incurra en órdenes desproporcionadas si es el demandado quien le solicita el decreto cautelar; (iii) y en tercer lugar, si bien la norma establece que desde la demanda el demandante puede solicitar medidas cautelares, no cierra la posibilidad a que las mismas se pretendan en cualquier otro acto procesal de parte, como la contestación de la demanda, o en cualquier otro momento dentro del

proceso, cuando la situación actual de cualquiera de los sujetos procesales así lo requiera.

Todo lo planteado con anterioridad cobra aún más sentido, si se tiene en cuenta que las medidas cautelares no tienen como finalidad exclusiva proteger el derecho del demandante, sino que buscan en esencia proteger garantías y derechos fundamentales, por lo que, el análisis de la legitimación para la solicitud de una pretensión cautelar debe estudiar el trasfondo real y concreto para el que fueron instituidas las cautelas, que no solo es defender y asegurar el interés de una parte, sino hacer cumplir una sentencia y tutelar derechos, entiéndase, sin importar a quien favorezcan, por lo que es necesario distinguir quienes bajo la literalidad de la norma están facultados para solicitar medidas cautelares, pero también, quienes bajo el concepto de medida cautelar y su finalidad última dentro del litigio, están igualmente facultados para solicitar la protección de sus derechos a través de una cautela.

Para la profesora Mónica León (2018), entender que la legitimación en la causa para solicitar una medida cautelar innominada está en cabeza exclusiva del demandante, implica una interpretación del artículo 590 del C.G.P., vulneradora del derecho constitucional a la igualdad, y contraria a el deber del juez de hacer uso de los poderes que el mismo código le otorga para lograr la igualdad real de las partes (Ley 1564, 2012), lo que a su vez, contraviene la esencia misma de las cautelas y su finalidad concreta de asegurar una tutela judicial efectiva, por lo que concluye, que no solo el demandante sino todo aquel que, con ocasión al proceso, vea afectados o amenazados sus derechos o intereses pueda solicitar una medida cautelar.

A pesar de que se comparte la posición sentada por la doctrinante frente a la insostenibilidad de una legitimación exclusiva del demandante dentro de un proceso declarativo para elevar pretensiones cautelativas, es necesario efectuar ciertas reservas frente a dicha posición, pues si bien es cierto que al momento de decretar una cautela se debe observar su procedencia más allá de lo que la literalidad de la norma indica, –esto es que su decreto persiga los fines constitucionales para los cuales fue prevista–, la legitimación de la solicitud no podría, en virtud del principio de seguridad jurídica, extenderse más allá de las partes en litigio o de quienes, eventualmente, la norma considera como

partes para ciertos procedimientos¹³ y radicarse en quienes no tienen calidad de tales dentro del proceso y por el contrario actúan como terceros en cuestiones accesorias al mismo, siendo que la norma, si bien da lugar a una interpretación amplia frente a la legitimación por activa de cara a una pretensión cautelar, como ya se vio, solo lo hace dentro de la esfera de los sujetos principales del proceso –las partes–, y no de quienes dentro de este tengan atribuida otra calidad, –como terceros intervinientes¹⁴–, a quienes el estatuto procesal no les permite elevar propiamente pretensiones en el proceso, a ser dirimidas en sentencia, y por consiguiente, requieran de una protección concreta para su materialización.

Finalmente, se debe señalar que una interpretación del Código General del Proceso en el sentido planteado, no resulta absolutamente extraña a la hora de concebir las medidas cautelares como prerrogativas que favorecen también al demandado dentro de un proceso judicial, pues la legislación colombiana ya ha permitido de manera expresa y en casos concretos, como el de los procesos arbitrales, que una persona, con la calidad de demandado, solicite medidas cautelares; es el caso regulado por el artículo 32 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional - Ley 1563 de 2012, que reza:

ARTÍCULO 32. MEDIDAS CAUTELARES. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. (...)

Para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho (...) (Subrayado fuera del texto original) (Ley 1563, 2012).

13. Entiéndase aquellos intervinientes que, sin tener la calidad de demandante o demandado en el estatuto procesal se les otorga la calidad de partes, solo para ciertos actos o procedimiento, como es el caso de los incidentes procesales, siendo que el artículo 69 del Código General del Proceso dispone: “Cuando la intervención se concrete a un incidente o trámite, el interviniente solo será parte en ellos” (Ley 1564, 2012).

14. Son terceros intervinientes el coadyuvante y el llamado de oficio (Ley 1564, 2012).

No resulta así, un desfase jurídico pensar que la parte pasiva de un litigio tiene legitimación activa para elevar pretensiones cautelativas ante una autoridad judicial, más aún cuando la misma legislación nacional ya lo ha previsto como una posibilidad dentro de otros procesos, y siendo que el estatuto procesal no imposibilita esta opción, sino que por el contrario su redacción permite una interpretación en pro de dicha postura. Empero debe advertirse, por último, que la sola solicitud cautelar elevada por el demandado no bastaría para que la misma sea decretada, entendiendo que la única posibilidad de la parte pasiva del litigio para obtener la protección de sus derechos a través de dichas herramientas son las medidas cautelares innominadas, mismas que para ser otorgadas exigen de un amplio y riguroso análisis frente a todos y cada uno de los requisitos que la integran, por lo que tal solicitud debe respaldarse en vasto sustento fáctico y jurídico a efectos de su procedencia y ejecución, pues es un deber del juez analizar si la misma cumple los fines legales constituidos para su procedencia, y por ende, es un deber de la parte que la solicita demostrar que su pretensión cautelar es necesaria como fuente de tutela de sus derechos.

CONCLUSIONES

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano la concepción clásica de medidas cautelares entendidas como herramientas para el cumplimiento y ejecución de fallos judiciales evolucionó, en gran parte debido al desarrollo jurisprudencial, a tal punto que hoy en día las medidas cautelares son consideradas como elementos esenciales para asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, generar igualdad entre las partes y asegurar el derecho al debido proceso de los mismos, lo que no es otra cosa que servir como herramienta de garantía para los derechos fundamentales dentro de un proceso judicial.

El régimen cautelar consagrado en el Código General del Proceso para los procesos declarativos que el mismo regula, no introdujo cambios normativos drásticos frente a la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro de estos, pues las cautelas nominadas que el nuevo estatuto procesal consagra, venían instituidas desde el Código de Procedimiento Civil - Decreto 1400 de 1970; empero, la nueva norma procesal implementó una herramienta novedosa y transversal en materia

de medidas cautelares dentro de los procesos declarativos civiles, materializada en la posibilidad de solicitar y decretar medidas cautelares innominadas, entendidas como aquellas que si bien la norma no indica de manera taxativa, sí permite en pro de defender intereses específicos y salvaguardar el derecho en litigio.

Las finalidades específicas para las cuales fueron instituidas las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso, esto es proteger el derecho en litigio, impedir su infracción, evitar las consecuencias derivadas de la mismas, prevenir daños, hacer cesar los daños causados, o asegurar la efectividad de la protección; exige que para su decreto, el Juez analice requisitos exhaustivos que la pretensión cautelar de la parte solicitante debe cumplir y a su vez demostrar, a efectos de que las medidas pretendidas sean decretadas, análisis que valga mencionar es mucho más riguroso que el exigido al juez para el decreto de medidas cautelares nominadas, lo que en parte se justifica por la indeterminación inmersa dentro de las cautelares innominadas, pues bajo este concepto puede pretenderse cualquier tipo de medida que el juez o la parte considere necesaria para proteger su derecho.

Conforme a la jurisprudencia sentada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, las medidas cautelares nominadas consagradas por el Estatuto Procesal para los procesos declarativos, no pueden ser solicitadas bajo la tutela de las medidas cautelares innominadas, por ende, estas cautelares no pueden decretarse fuera de los eventos que la norma describe (literales a y b del artículo 590 C.G.P.).

Pese a la postura sentada por la Corte Suprema de Justicia, no puede perderse de vista que las medidas cautelares, independientemente de su denominación como nominadas e innominadas, fungen un papel esencial para la tutela judicial de los derechos de los administrados y sus garantías fundamentales dentro de un proceso judicial, es por esto que, a la hora de decretar tales cautelares, resulta preciso, más allá de la postura sentada por la alta Corte, apreciar la finalidad última que las mismas persiguen, por lo que en pro de cumplir tal finalidad, la denominación o taxatividad de ciertas medidas cautelares en ciertos procesos declarativos, no puede constituirse en un obstáculo, de cara a la protección y aseguramiento de los derechos de las partes procesales.

En materia de medidas cautelares dentro de los procesos declarativos civiles, la radicación de la legitimación por activa de la pretensión cautelar en cabeza de las partes, arroja ciertos interrogantes, que si bien no se muestran evidentes de cara a las medidas nominadas, pues la norma es clara al determinar que proceden solo a solicitud del demandante; la legitimación de una pretensión cautelar innominada plantea interesantes cuestiones, ya que de la lectura de la norma, y del análisis conjunto de las finalidades para las cuales fueron instituidas dichas cautelas, es posible afirmar que las mismas pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes dentro de un proceso judicial, esto es, bien sea por el demandante o por el demandado.

Si bien, es atípico que dentro de un proceso judicial sea el demandado quien solicite una medida cautelar, dicha posibilidad resulta jurídicamente factible y se hace viable gracias a la consagración de las medidas cautelares innominadas en nuestra legislación procesal, pues se debe tener en cuenta que dentro de todo proceso judicial, es imperativo proteger los intereses, derechos y prerrogativas de las partes, sin distinguir la calidad en la que actúan, lo anterior, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales, el acceso a la administración de justicia y un debido proceso. Así, y considerando que, los intereses y derechos de la parte pasiva de la Litis también se ventilan en el curso del trámite procesal y se dirimen en sentencia, requieren también de una protección concreta y seguridad en su materialización.

Si bien, se plantea la tesis de que la legitimación por activa para impetrar pretensiones cautelares está radicada en ambas partes del proceso, entendiendo que el demandante puede solicitar exclusivamente cautelas nominadas e innominadas, mientras que la pretensión cautelar del demandado se circunscribe a las cautelas innominadas; este último solo tendrá dicha posibilidad cuando en el proceso sus derechos se vean amenazados, o cuando se le permita, con la presentación de excepciones de mérito, solicitar pretensiones frente a las que el juez de conocimiento deba pronunciarse y dirimir en sentencia, y conlleven el reconocimiento de prerrogativas económicas a su favor, o de contera, la imposición de diversas obligaciones en cabeza de su contraparte que requieren a la postre seguridad y garantía en su ejecución.

Las medidas cautelares consagradas en el Código General del Proceso para los procesos declarativos civiles en Colombia, conforme a la interpretación que la Corte Constitucional colombiana y la doctrina especializada han otorgado a las mismas, se constituyen en verdaderos mecanismos de protección y tutela de derechos para los administrados, mismas que hacen parte del debido proceso y la tutela judicial efectiva como derechos fundamentales. Mecanismo de protección que cobija a cualquiera de las partes en litigio bien sea como activa o pasiva.

REFERENCIAS

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. 2a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Calamandrei, P. (1984). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Recuperado de <http://www.venezuelaprocesal.net/Calamandreimidas.pdf>

Colmenares, C. A. (2018). *Las Medidas Cautelares y la Posesión Material en el Código General del Proceso*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.

Congreso de Colombia (15 de enero de 1996) Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal [Ley 256 de 1996]. DO: 42.692

Congreso de Colombia (12 de julio de 2012) Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489

Congreso de Colombia (12 de julio de 2012) Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. [Ley 1563 de 2012]. DO: 48.489

Congreso de Colombia (5 de agosto de 1998) Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. [Ley 472 de 1998]. DO: 43.357

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (24 de febrero de 2016) Sentencia C-086 [MP Jorge Palacio Palacio].

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (25 de mayo de 2017) Sentencia C-352 [MP Alejandro Linares Cantillo, Bogotá].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (8 de noviembre de 2019) Sentencia STC15244 [MP Luis Tolosa Villabona].
- Forero Silva, J. (2020). *Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. 3a ed. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- León, M. A. (2018). Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. Comentado. Vol. II* (pp. 304-314). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Marioni, L. G. (2013). La Evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal - Memorias* (pp. 977-993). Medellín: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Parra Quijano, J. (2013). Las Medidas Cautelares Innominadas en el Código General del Proceso. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal - Memorias* (pp. 301-318). Medellín: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Presidencia de Colombia (6 de agosto de 1970) Código de Procedimiento Civil [Decreto 1400 de 1970]. DO: 33.150
- Riascos, L. O. (2017). Características relevantes de la suspensión del acto administrativo como medida cautelar en el C.P.A. y C.A. *Revista Científica CODEX*, 3 (4), 119-147.
- Sandoval, J. F. (2020). Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y su capacidad de afectación a los consumidores. *Vuniversitas*, 69, 1-17. Recuperado de <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.mcip>

INDICE DE AUTORES

MARIANA ELIZABETH BENAVIDES BASTIDAS

Abogada, docente Hora Cátedra del Departamento de Ciencias Jurídicas, adscrita a Consultorios Jurídicos de la Universidad de Nariño.

MANUEL GUSTAVO DÍAZ SARASTY

Abogado, docente Hora Cátedra del Departamento de Ciencias Jurídicas, adscrito a Consultorios Jurídicos de la Universidad de Nariño.

SEBASTIÁN ALEJANDRO GARCÍA CAICEDO

Abogado, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Maestrando en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Miembro del Grupo de Trabajo “Crítica jurídica y conflictos socio políticos” de Clacso. Correo electrónico: jito.13@hotmail.com. Celular: (+57) 322 525 7820. Dirección de correspondencia: Manzana F, casa 14, Barrio Aquine alto 2, Pasto, Nariño, Colombia.

EDWARD DAVID ORTEGA GARCÍA

Abogado, egresado del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: david.ortega1@udea.edu.co. Celular: (+57) 304 478 2777. Dirección de correspondencia: Calle 76 d sur No. 47bb-15, Sabaneta, Antioquia, Colombia.

CLAUDIA VANESSA BRAVO RAMÍREZ

Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho de los Negocios. Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: c.vanessabravor@outlook.com

ANAMARÍA BUSTOS BURBANO

Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en DDHH y DIH. Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: anamariab.burbano@gmail.com

ANGIE VALENTINA GARCÉS HERNÁNDEZ

Abogada de la Universidad de Nariño. Estudiante de Especialización en Derecho de los Negocios. Universidad Externado de Colombia.

MANUELA BENAVIDES BUCHELI

Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Número de contacto: 3013219282. Dirección: Calle 20 a 43 a 34 Edificio Figueres. Correo Electrónico: manuelabucheli23@gmail.com

EVELINT MOSQUERA CEBALLOS

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Nariño.

LUISA MARÍA MELO ARIAS

Abogada egresada de la Universidad de Nariño, conciliadora en Derecho, Abogada litigante en Muñoz y Palacios - Asesores Legales. Correo: luisamelo9719@gmail.com

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

MIEMBROS EXTERNOS

KAROL BIVIANA ORDÓÑEZ ERAZO

Abogada de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la misma casa de estudios, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Docente Universitaria.

FRANCISCO EDMUNDO PAZ OBANDO

Abogado Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral & Seguridad Social, Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Consultor en Derecho Administrativo, Administración Pública, Derecho Laboral y Seguridad Social. Docente de Postgrados en el Ciesju de la Universidad de Nariño, Docente Tiempo Completo del Programa de Derecho de la Universidad Cesmag y Coordinador del Área Laboral de Consultorios Jurídicos “San Juan de Capistrano”.

ANNY VIVIANA CAICEDO CÁRDENAS

Abogada de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Cesmag (Pasto, Nariño, Colombia), adscrita al grupo de Investigación: Derecho, Innovación y Desarrollo Social. Asesora externa de Icotalla SAS y litigante en temas de derecho público y seguridad social pensiones. Código ORCID 0000-0001-5939-9333 y correo institucional avcaicedo@unicesmag.edu.co

JORGE FORERO SILVA

Doctor en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, especialistas en Derecho Procesal Civil, docente en pregrado universidades Rosario, Javeriana, Andes, docente posgrados Universidad de Nariño, Universidad del Rosario, Universidad Sergio Arboleda, entre otras. Tratadista y litigante, autor del libro: “Medidas Cautelares en el Código General del Proceso”. Conjuez Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

GISELA RIASCOS BENAVIDES

Abogada, Máster en Derechos Humanos de la Universidad de Navarra, España, con experiencia en trabajo investigativo en áreas de derecho internacional, derechos humanos, derechos de la mujer y derechos de los niños, niñas y adolescentes. Conjunto a su proceso investigativo ha brindado asesoría jurídica como integrante del grupo jurídico A.G.A Abogadas Asociadas y ha realizado voluntariado profesional con organizaciones nacionales e internacionales. Actualmente es líder y fundadora del proyecto social Ventana Violeta Colombia, el cual tiene incidencia directa en la protección y reivindicación de los derechos humanos de las mujeres en el municipio de Pasto. Se encuentra adscrita al grupo de investigación institucional de la Universidad de Nariño, Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, CEJA.

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ

Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Doctor Europeus (Universidad de Salamanca/ Universidad de Coimbra) en Derecho y Premio extraordinario de Grado y Doctorado. Ha sido profesor invitado, entre otras, en las Universidades de los Andes y Nariño (Colombia), Andina Simón Bolívar (Ecuador) y James Madison de Virginia (Estados Unidos). Consultor y docente para servidores públicos en distintas instituciones de América Latina (Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social de El Salvador, Contraloría de Costa Rica, Procuraduría de Paraguay). Miembro de los grupos de investigación State and Nation Making in Latin America and Spain (Universidad de Princeton), Next Generation EU y Justicia, Sistema Penal y Criminología (Universidad de Salaman-

ca). Autor de cuatro monografías, más de 30 artículos y más de 20 capítulos de libro en revistas y obras colectivas de Europa y América. Sus principales líneas de investigación son el Derecho Urbanístico, la contratación pública y el empleo público y en general la reforma y modernización de la Administración pública, tanto en los ámbitos europeo como latinoamericano.

ADRIANA LAGOS MORA

Abogada, Magister en Derecho Procesal, especialista en Derecho de Familia y Derecho Administrativo, Docente Investigadora de la Universidad Cesmag, líder Grupo de Investigación Iuris Coeptum, exeditora de la Revista Científica Investigium IRE: Ciencias Sociales y Humanas, Coordinadora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas Unicesmag, autora de libros y capítulos de libros, conferencista con experiencia en el sector público y privado, abogada litigante.

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA

Doctora en Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Especialista en Docencia Universitaria, abogada y filósofa egresada de la Universidad Industrial de Santander. Profesora Titular del programa de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Investigadora Senior MinCiencias. Lidera el grupo de investigación en Teoría del Derecho y Formación Jurídica, coordina el Semillero Género y Diversidad.

MYLAI BURGOS MATAMOROS

Es Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana, y tiene estudios de posgrado en la UNAM, en Derecho y Estudios Latinoamericanos trabajando temas de Filosofía del Derecho e Historia de las ideas jurídicas en América Latina. Profesora investigadora de la Academia de Derecho de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México desde 2008, impartió clases en la Facultad de Derecho de la UNAM desde 2007 hasta 2021 y en Programas de Posgrados y Especialización desde 2007 hasta la actualidad. Sus áreas de especialización son Filosofía del Derecho, Teoría e Historia del Estado y el Derecho, Derechos Humanos y Derecho Constitucional. Coordina

el grupo de investigación “Filosofía, Derechos y Sociedad” del Colegio de Humanidades y Ciencias Sociales, UACM, desde 2014. Coordina el grupo de trabajo de Clacso, “Crítica Jurídica y conflictos sociopolíticos” e integrante del GT Clacso “Herencias y perspectivas del marxismo en América Latina” en la actualidad. Realiza investigación teórica y de acción práctica vinculados a organizaciones de la sociedad civil y movimientos sociales en México para su defensa estratégica ante violaciones de derechos humanos desde hace más de diez años. Es miembro de la mesa asesora de la ONG, Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.C. (Prodesc). Es miembro del Comité Editorial de Memoria. Revista de Crítica Militante desde inicios 2019. Tiene diversas publicaciones entre libros, capítulos y artículos en revistas sobre temas teóricos y prácticos en el Derecho desde el punto de vista crítico: epistemología jurídica crítica con enfoque de derechos humanos, dialéctica del derecho, marxismos jurídicos, derechos sociales y derechos colectivos de los pueblos indígenas, y, sobre el sistema político jurídico cubano y sus regulaciones constitucionales. Sus publicaciones se han realizado en México, Cuba, Brasil, Argentina y Colombia. Para su consulta: <http://mylaiburgos.org/> <https://uacm.academia.edu/MylaiBurgosMatamoros>

DAVID SÁNCHEZ RUBIO

Profesor Titular y director del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Ha sido coordinador y director en diversos cursos de maestría y doctorado en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla y la Universidad Internacional de Andalucía. Ha sido y es director y miembro investigador de varios proyectos de Excelencia y de I+D. Profesor invitado en diversas universidades de España, Bélgica, Portugal, México, Ecuador, Colombia, Costa Rica, Argentina y Brasil. Autor de más de 90 artículos y de diversos libros sobre teoría crítica de los derechos humanos, democracia, educación en ciudadanía, migración, trata de personas, poder constituyente y pensamiento de liberación latinoamericano. Entre otros destacan: *Repensar derechos humanos* (2007); *Encantos y desencantos de los derechos humanos* (2011); *Derechos humanos instituyentes. Pensamiento crítico y praxis de liberación* (2018); y autor y coordinador de *Poderes constituyentes, alteridad y pueblos indígenas* (2020).

JUAN PABLO ROSERO GOMAJOA

Abogado litigante, Magister en Gerencia Social y Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño.

MIEMBROS INTERNOS

AURA CECILIA TORRES BURBANO

Abogada Universidad de Nariño. Economista - Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Integrante del Grupo de investigación Derecho, Justicia y Región Dejure y docente Hora Cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: actorresb@udenar.edu.co

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- Artículo de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica

del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.

- **Artículo de revisión:** El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN).

3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 3.1. **ORIGINALIDAD:** El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. **TÍTULO DEL ARTÍCULO:** Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.

- 3.3. **IDIOMA:** El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.
- 3.4. **NOMBRE DEL AUTOR:** Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. **RESUMEN:** Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.
- 3.6. **PALABRAS CLAVES:** Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el Thesaurus de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.
- 3.7. **EXTENSIÓN:** El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (letter) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. **TIPO DE LETRA:** Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. **MÁRGENES:** 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. **SANGRÍA:** Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. **ESTRUCTURA:** El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1, 2, 3...), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.
- 3.12. **IMÁGENES:** El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto, deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.
- 3.13. **PALABRAS EN LATÍN:** Las palabras en latín deben ir en cursiva.
- 3.14. **AGRADECIMIENTOS:** Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.
- 3.15. **PONENCIAS:** Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.

3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: rcodex@udenar.edu.co

El autor deberá enviar:

- Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)
- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:

- Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
- Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
- Originalidad: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.
- Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:

- Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
- Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
- Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
- Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.
- Los árbitros brindarán la siguiente calificación:
 - No publicable. El artículo no se publicará.
 - Publicable sin correcciones: El artículo pasa directamente a fase de publicación.
 - Publicable con correcciones: En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.
- La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

- La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.
- El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.
- La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.

- Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

7. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

8. RECIPROCIDAD

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

9. DATOS DE CONTACTO

- Página web: derecho.udenar.edu.co
- Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.
- Correo electrónico: rcodex@udenar.edu.co
- Teléfono: 57 (602) 731 54 38

MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberán realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- <http://www.apa.org/>
- <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

1. CITAS

1.1. Cita textual de menos de 40 palabras

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

--

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por

Muñoz (2007) permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos”. (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

1.2. Cita textual de más de 40 palabras

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p. 22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p. 22)

1.3. Cita de parafraseo

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica. (Muñoz, 2007)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

1.4. Citas de textos con varios autores

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que...

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005).

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran...

De esta forma Pérez et al. (2010), afirma...

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010). Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010).

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al., desde la primera citación.

1.5. Cita de textos de autor corporativo

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar, 2012)...., siendo así la política de la educación pública en Colombia requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012).

1.6. Cita de textos anónimos

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

1.7. Cita de cita

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

1.8. Notas

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema, ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo principal.

1.9. Sentencias

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92).

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014).

1.10. Leyes

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001).

(Colombia, Código Civil).

2. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

2.1. Libros

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

2.2 Libros de varios autores

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial

Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis Editores.

2.3 Libro con editor (los capítulos son escritos por varios autores)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

2.4 Libro en versión electrónica

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.5. Capítulo de libro

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En: A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. xx - xx). Ciudad, País: Editorial.

Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

2.6. Artículo de revista

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

2.7. Artículo de periódico

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp. Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.8. Autor corporativo - informe gubernamental

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de: <http://www.xxx.xxx>

2.9. Tesis y trabajos de grado

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

2.10. Sentencias

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto García, Ciudad.

2.11. Leyes

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual...”

SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón *on line* disponible en la página <http://rcodex.udenar.edu.co>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia. También puede escanearlo y enviarlo al correo: rcodex@udenar.edu.co

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

REVISTA CIENTÍFICA CODEX
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Nombre y/o Institución: _____

Cédula/NIT/DNI _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

Depto/Estado: _____ Países: _____

A.A. _____ Teléfono: _____

E-mail: _____

Pertenencia Institucional: _____

Firma _____

Esta obra se imprimió en
GRAFICOLOR PASTO SAS
Calle 18 No. 29-67 - Tel. 731 06 52
graficolorpasto@hotmail.com
San Juan de Pasto - Nariño