



COLECCIÓN DE ESTUDIOS  
EN DERECHO, SOCIEDAD Y MERCADO

# Estudios en investigación jurídica y sociojurídica

César Augusto Molina-Saldarriaga y  
Verónica Cadavid-González  
(compiladores)

Grupo de Investigaciones en Derecho -GRID  
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas



## **Autores**

Diana Sofía Zuluaga-Vivas  
Cathalina Sánchez-Escobar  
Holmedo Peláez-Grisales  
Lina Marcela Estrada-Jaramillo  
Johanna Jazmín Zapata-Posada  
Margarita Rosa Moreno-Roldán  
Carlos Andrés Gómez-García



COLECCIÓN DE ESTUDIOS  
EN DERECHO, SOCIEDAD Y MERCADO

# **Estudios en investigación jurídica y sociojurídica**

---

César Augusto Molina-Saldarriaga y  
Verónica Cadavid-González (compiladores)

---

## **Autores**

Diana Sofía Zuluaga-Vivas / Cathalina Sánchez-Escobar  
Holmedo Peláez-Grisales / Lina Marcela Estrada-Jaramillo  
Johanna Jazmín Zapata-Posada / Margarita Rosa Moreno-Roldán  
Carlos Andrés Gómez-García

320.07  
M722

Molina Saldarriaga, César Augusto, compilador  
Estudios en investigación jurídica y sociojurídica / Diana Sofía  
Zuluaga-Vivas y otros 6 –. Medellín: UPB, 2019.  
136 p., 17 x 24 cm.  
ISBN: 978-958-764-683-2 / 978-958-764-684-9 (versión web)

1. Investigaciones jurídicas – 2. Universidad Pontificia Bolivariana  
– Investigaciones -- I. Cadavid González, Verónica, compilador –  
II. Título

CO-MdUPB / spa / rda  
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

## ■ Tabla de contenido

**Prólogo** .....7

**Capítulo 1.** La Corte Constitucional  
y su manejo discursivo del poder constituyente:  
anotaciones sobre la teoría de la sustitución  
de la Constitución ..... 11  
*Diana Sofía Zuluaga-Vivas*

**Capítulo 2.** La necesidad de la intervención  
estatal en la formación jurídica.  
Una mirada histórica a los estudios jurídicos  
en la época republicana ..... 43  
*Cathalina Sánchez-Escobar*

**Capítulo 3.** La cara oculta del derecho  
a la especial protección en Colombia..... 67  
*Holmedo Peláez-Grisales*

**Capítulo 4.** ¿Trabajo o función natural?  
Diferencias de género en el cuidado  
de niños y niñas ..... 95  
*Lina Marcela Estrada-Jaramillo, Johanna Jazmín  
Zapata-Posada y Margarita Rosa Moreno-Roldán*

© Diana Sofía Zuluaga-Vivas  
© Cathalina Sánchez-Escobar  
© Holmedo Peláez-Grisales  
© Lina Marcela Estrada-Jaramillo  
© Johanna Jazmín Zapata-Posada  
© Margarita Rosa Moreno-Roldán  
© Carlos Andrés Gómez-García  
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana  
Vigilada Mineducación

### **Estudios en investigación jurídica y sociojurídica**

ISBN: 978-958-764-683-2  
ISBN: 978-958-764-684-9 (versión web)  
Primera edición, 2019  
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas  
Grupo: Investigaciones en Derecho  
Proyecto: Enseñanza y Aprendizaje Clínico del Derecho en la UPB. Radicado: 46C-03/18-37

**Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín:** Mons. Ricardo Tobón Restrepo  
**Rector General:** Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda  
**Vicerrector Académico:** Álvaro Gómez Fernández  
**Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas:** Luis Fernando Álvarez Jaramillo  
**Editor:** Juan Carlos Rodas Montoya  
**Coordinación de Producción:** Ana Milena Gómez Correa  
**Diseño y Diagramación:** Geovany Snehider Serna Velásquez  
**Corrección de Estilo:** Santiago Gallego Franco  
**Imagen de portada:** Freepik

### **Dirección Editorial:**

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2019  
e-mail: editorial@upb.edu.co  
www.upb.edu.co  
Telefax: (57)(4) 354 4565  
A.A. 56006 - Medellín - Colombia

**Radicado:** 1819-05-03-19

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

**Capítulo 5.** Perspectiva biojurídica de las infecciones asociadas al cuidado en salud. Una visión a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado..... 117  
*Carlos Andrés Gómez-García*

## ■ Prólogo

El Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana desarrolla labores de investigación y producción científica desde el año 1999. En su equipo de trabajo cuenta con integrantes con alto nivel de formación, quienes, durante dos décadas, han logrado consolidar procesos de generación y divulgación de conocimiento con impacto local, nacional e internacional. Asimismo, el trabajo de investigación, producción y divulgación del conocimiento producido ha permitido la consolidación de redes de conocimiento y alianzas estratégicas con instituciones nacionales e internacionales que aseguran la calidad de la labor misional.

En el marco del plan estratégico del Grupo, como parte del programa de producción estratégica, se ha diseñado una estrategia de publicaciones y colecciones. En esta última se ha propuesto la creación y consolidación de la Colección de Estudios en Derecho, Sociedad y Mercado como un espacio para la publicación de los resultados de las investigaciones adelantadas por los integrantes del Grupo y de convocatoria a investigadores externos, de acuerdo con temáticas que se definen por consejo editorial.

De esta suerte, el presente libro constituye el primer número de la Colección de Estudios en Derecho, Sociedad y Mercado; en él, algunos integrantes del Grupo exponen de forma conjunta las inquietudes investigativas de sus últimos años, atendiendo a las líneas de investigación declaradas, con el objetivo de poner en discusión distintas temáticas de actualidad en los planos académico y científico del derecho y, así, hacer un aporte al público lector en los estudios sociojurídicos y dogmáticos.

En la línea de conflicto, proceso y justicia, se presenta un análisis del discurso judicial de la Corte Constitucional colombiana en relación con las teorías del poder constituyente y la sustitución constitucional. En la línea de relaciones internacionales, derecho internacional y derechos humanos, se presenta un estudio historiográfico sobre la intervención estatal en la formación jurídica. Finalmente, en la línea derecho, sociedad y mercado, se presentan tres trabajos relacionados con sujetos de especial protección: habitantes de calle y niñas, niños y adolescentes, y regulación y alcance de la responsabilidad por enfermedades infecciosas. Con estas se pretende aportar metodológica, teórica y empíricamente al desarrollo de la ciencia jurídica en el país.

En el capítulo 1, “La Corte Constitucional y su manejo discursivo del poder constituyente: anotaciones sobre la teoría de la sustitución de la Constitución”, la profesora Diana Sofía Zuluaga-Vivas presenta un trabajo sobre la teoría del derecho y del derecho constitucional, para, a partir de un análisis lingüístico del concepto “poder constituyente”, analizar el significado no convencional de la categoría con base en el significado atribuido por el poder de control constitucional.

En el capítulo 2, “La necesidad de la intervención estatal en la formación jurídica. Una mirada histórica a los estudios jurídicos en la época republicana”, la profesora Cathalina Sánchez-Escobar, a partir de una revisión histórica de la educación jurídica en los primeros años republicanos, presenta algunos regímenes y reglamentaciones universitarias latinoamericanas referidas a la formación jurídica. Ello es importante en tanto se consideraba que las profesiones jurídicas son las idóneas para manejar los asuntos públicos y que, como consecuencia de ello, la formación intelectual de los futuros litigantes, jueces, consultores, etc., requiere una intervención estatal permanente que se traduce en la implementación de políticas o en regulación normativa. Sostiene la profesora Sánchez-Escobar que en el proceso

de transición entre el orden colonial y el establecimiento de los órdenes jurídicos independientes, el Estado quiso asumir la dirección de todos los colegios y establecer medidas que permitieran regular los planes de estudio, bajo la idea de que las discusiones sobre los modelos educativos, los planes de estudio, los textos y los métodos de enseñanza portaban la idea de una reforma social y estaban destinados a obtener resultados concretos en la economía o política nacionales.

El profesor Holmedo Peláez-Grisales estudia, desde la teoría crítica, en “La cara oculta del derecho a la especial protección en Colombia” —correspondiente al capítulo 3—, las tensiones del derecho a la especial protección en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, en primer lugar, hace un esbozo de los denominados “sujetos” y “grupos de especial protección” como titulares de este derecho, identificando su clasificación problemática como sujetos desaventajados de la sociedad. En segundo lugar, sostiene, desde el campo teórico, que dicho postulado envuelve un sentido formal y material contrapuesto que cuestiona los verdaderos efectos que produce en las vidas de estos sujetos como garantía de la reivindicación de su derecho a la igualdad. En tercer lugar, finaliza defendiendo la tesis de que, en el caso colombiano, ese derecho representa un tipo de reconocimiento del derecho estatal que produce un discurso dominante de exclusión, subordinación y reproducción del orden establecido, lo que afianza la desigualdad social. Con base en estas reflexiones, Peláez-Grisales concluye afirmando la necesidad de corregir y enfrenar el tratamiento formal y excepcional del derecho a la especial protección que mantiene las estructuras de estatus y clase social en el contexto colombiano.

El capítulo 4 es “¿Trabajo o función natural? Diferencias de género en el cuidado de niños y niñas”. Allí Lina Marcela Estrada-Jaramillo, Johanna Jazmín Zapata-Posada y Margarita Rosa Moreno-Roldán presentan los hallazgos de una investigación acerca de la organización social del cuidado de niños y niñas, y que hace parte de un macroproyecto nacional. En Medellín, el estudio fue cualitativo con enfoque hermenéutico. Para llevarlo a cabo, las autoras realizaron setenta entrevistas semiestructuradas con cuidadores y cuidadoras de diferentes conformaciones familiares y estratos socioeconómicos, y seis grupos focales con niños y niñas. En este texto presentan los resultados de las categorías “trabajo de cuidado” y “género”, que evidencian la confluencia de asuntos tradicionales y emergentes en su dis-

tribución, e identifican conciliaciones entre lo laboral y lo familiar. Las autoras concluyen que reconocer el cuidado como trabajo integra los ámbitos social, político, económico y jurídico, lo cual demanda corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado.

Finalmente, en el capítulo 5, “Perspectiva biojurídica de las infecciones asociadas al cuidado en salud (IACS). Una visión a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, el profesor Carlos Andrés Gómez-García busca dar una mirada desde la bioética y el bioderecho a la responsabilidad institucional por las infecciones asociadas al cuidado en salud (IACS), tesis que se ha desarrollado en los últimos años a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia y con la cual se ha condenado a los prestadores de servicios de salud al pago de indemnizaciones bajo el argumento de la responsabilidad objetiva. El profesor Gómez-García sostiene que esta tesis, además de poner en riesgo la economía de las entidades de salud, supone un debate bioético en torno al principio de la responsabilidad.

Con este primer número de la Colección de Estudios en Derecho, Sociedad y Mercado se pretende abrir el camino para la publicación periódica de los resultados de las investigaciones que se adelantan dentro del Grupo y de la comunidad científica en general. Así, comprometidos con la generación de conocimiento y su transferencia, el Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana le apuesta a la transformación social y al mejoramiento de las condiciones de vida de la región y el país.

**César Augusto Molina-Saldarriaga**  
**Verónica Cadavid-González**  
Coordinadores académicos

## ■ Capítulo 1.

# La Corte Constitucional y su manejo discursivo del poder constituyente: anotaciones sobre la teoría de la sustitución de la Constitución\*

*Diana Sofía Zuluaga-Vivas\*\**

*—Cuando yo uso una palabra, esa palabra significa exactamente lo que yo decido que signifique... ni más ni menos.*

*—La cuestión es si uno puede hacer que las palabras signifiquen cosas tan diferentes.*

*—La cuestión es simplemente quién manda aquí.*

Lewis Carroll, Alicia a través del espejo

## Introducción

La pragmática es aquella parte de la lingüística que estudia el uso del lenguaje en un contexto determinado; en

\* Producto de una investigación actualmente radicada en el CIDI: “La paz: un análisis del discurso de las sentencias de la Corte Constitucional durante el *Fast Track*”, 2018.

\*\* Abogada y magíster en Derecho. Docente del Consultorio Pío XII e investigadora del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: [dianasofia.zuluaga@upb.edu.co](mailto:dianasofia.zuluaga@upb.edu.co).

este texto, se hará uso de ella para estudiar un concepto jurídico fundacional como lo es el de “poder constituyente”, y se estudiará cómo es usado este por la Corte Constitucional en dos sentencias hito que dan lugar a la teoría de la sustitución de la Constitución.

Para ello, se abordará el significado convencional y no convencional de las palabras: el primero se refiere al significado que normalmente es asignado por todos los usuarios, mientras que el segundo se refiere a ese significado alternativo que en razón al contexto puede dársele en determinados casos a una palabra. Esta variación en el lenguaje puede o no resultar intencional y está muy ligada al entorno que permea la situación comunicativa concreta<sup>1</sup>.

En Colombia, la Corte Constitucional es la creadora del discurso constitucional, es la emisora autorizada para definir los conceptos constitucionales y sus contenidos; por ello, en este texto se aborda el uso que ella hizo del concepto “poder constituyente” en dos momentos distintos y que dieron lugar a dos pronunciamientos distintos.

Primero se hablará de la doble significación del poder constituyente, luego se abordará la Sentencia C-551 de 2003 y la C-141 de 2010, para luego proceder con unas conclusiones. Este trabajo tiene un enfoque hermenéutico y busca, a través de la interdisciplinariedad, arrojar luces sobre un concepto jurídico legitimador de las dinámicas del orden normativo.

## El poder constituyente y sus significados

El concepto de “poder constituyente” surgió en el siglo XVIII, en pleno fulgor de la Revolución francesa, y fue empleado por primera vez por el clérigo Sieyès, que lo usó para reconocer el poder que ostenta la nación cuando se agrupa con la intención de determinar autónomamente su forma política, la forma en que desea constituirse. Desde entonces, el discurso dominante sobre el poder constituyente ha sido fiel a sus orígenes y lo ha asumido como

<sup>1</sup> Escandell-Vidal (1996), Blum-Kulka (2000), Frías-Conde (2001), Gil (2001) y Rodríguez y Malaver Rodríguez (2013) fueron usados para definir el dilema pragmático del significado no convencional de las palabras.

esa potestad que ostenta una determinada comunidad para darse su propia Constitución. Son muchísimos los autores que han elaborado discursos sobre esta categoría y que la asocian con su significado convencional<sup>2</sup>.

Existe otra acepción sobre esta figura de tinte antiliberal propuesta por Schmitt (1970), para quien el poder constituyente será “[...] la voluntad política cuya fuerza es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo” (pp. 86-87).

Aunque se trata de otra visión sobre el poder constituyente, es posible indicar que ambas tienen un elemento común: en las dos se trata de una fuerza política que *define* la forma político-jurídica que adoptará una colectividad determinada. Solo que, en el caso de Schmitt, podrán existir otros titulares de esta voluntad política diferentes a la nación, fiel protagonista de estas reformas en los discursos de tinte liberal. Así las cosas, los discursos anteriores comparten una similitud en la medida que le asignan al poder constituyente ese papel de *reformista*, de precursor del cambio político en una determinada sociedad.

A esta forma de entender el término, a este significado en concreto, le asignaremos el nombre de “significado convencional del poder constituyente”, porque es el significado empleado de manera mayoritaria por sus usuarios, que suele ser emitido con la intencionalidad de evocar ideas de cambio, reforma y revolución, y al ser recibido por los destinatarios suele suscitar en ellos tales ideales. Pero este no es el único significado posible ni existente al respecto. Nos ocuparemos, a continuación, de aquel que denominaremos “significado no convencional del poder constituyente”, que también es empleado por los usuarios del lenguaje y, en general, del sistema jurídico; este, a pesar de usar exactamente el mismo código lingüístico, terminará por evocar y significar algo completamente diferente.

Para ello partimos de Carrió (1973), quien en *Sobre los límites del lenguaje normativo* advierte la ambigüedad lingüística de la cual adolece el poder constituyente: afirma que este no es más que una simbología vacía y lo caricaturiza al rotularlo como un concepto Jekyll-Hyde: “el poder constituyente no tiene el

<sup>2</sup> Entre ellos, Böckenforde, Preuss, Bidart Campos, Naranjo Mesa y Linares Quintana.

‘rostro único’ que las recordadas letanías describen y exaltan, sino que tiene por lo menos dos: uno que se asemeja a la fisonomía noble y animosa del doctor Jekyll y otro que recuerda la faz torva y amenazadora de mister Hyde” (p. 42).

De acuerdo con esto, no resulta difícil inferir cómo la parte noble y animosa, esa esencia revolucionaria y reformista con la que se adjetiva al poder constituyente, hace referencia al significado convencional ya expuesto, en el cual este no es más que aquella “potestad creadora, necesaria a la hora de constituir y fundamentar todo orden jurídico” (Carrió, 1973: 36).

Luego de que un régimen es instaurado en una sociedad, lo que sigue es la lucha por su permanencia, su continuidad, su perpetuación. La Constitución es a la vez cambio y permanencia, pues después de instaurada se propenderá por su perpetración, su estatización, con el fin de prolongar en el tiempo sus preceptos, sus normas y, principalmente, la forma de estar constituida la política. Esta es la otra manera de concebir el poder constituyente: como ese poder que busca preservar lo ya instaurado a través de unas dinámicas e instituciones que buscan la inmortalidad de sus postulados.

Así las cosas, el significado no convencional del poder constituyente está relacionado con el carácter conservador que trae consigo la imposición de todo orden político-normativo, con esa otra cara de la moneda en la que lo más importante no es cambiar las condiciones de una sociedad, sino fijarlas y asentarlas para la posteridad.

Esto nos lleva a la dualidad propuesta por Zagrebelsky (2005), quien denuncia que el poder constituyente tiene una doble significación, dado que aspira tanto a la estabilidad como al cambio político, pero a la vez termina por imponer una determinada forma que será fijada hacia el futuro y delegará su espíritu en una variedad de instituciones que terminan por ser las guardianas de ese orden ya establecido, fijando y encauzando todos los procesos de ese ordenamiento (p. 36).

Esta situación, que en principio resulta un problema teórico de poca relevancia, tiene sus implicaciones —pues es ineludible la simbiótica relación existente entre lo jurídico y lo político, y aún más en el campo del derecho constitucional, por ser la disciplina límite entre ambas—, en tanto su uso descuidado puede dar lugar a que esta ambigüedad defina asuntos políti-

cos. Esto es fundamental en el caso del abordaje que, del concepto, haga la Corte Constitucional, emisor por excelencia creador de los preceptos constitucionales que rigen al Estado colombiano.

## El referendo constitucional y la reforma política

Este artículo contrasta la decisión de la Corte Constitucional frente a dos proyectos de referendo, uno de ellos incentivado por el gobierno de turno en 2003 y otro de iniciativa popular en 2009. La obligación de la Corte de decidir sobre su exequibilidad deriva del numeral segundo del artículo 241, el cual le concede la facultad de definir, frente a estas leyes —convocantes a referendo—, si las mismas se encuentran conformes con el paradigma constitucional vigente.

El referendo es uno de los mecanismos de participación ciudadana que consiste en la convocatoria al pueblo para que decida sobre la aprobación o desaprobación de una ley o sobre temas que conciernen al interés general. Cabría entonces preguntarse cuál es la relación que tiene este tema con el poder constituyente, el cual nos ocupa. Aquí entramos a referenciar el título XIII de la Carta Política, último título de la Constitución, que trata justamente el tema de la reforma de la Constitución (1991).

Toda reforma implica un cambio político; no un cambio vertiginoso y radical, como las revoluciones (que fueron la forma de transformación política y social propia de los albores del constitucionalismo clásico y que además pretendieron influir y volcar el sistema vigente al margen del mismo y a través de métodos bajo los cuales, inclusive, la violencia resultaba legitimada). Los procesos de reforma suelen ser más limitados y tener un ritmo mucho menos intenso; es difícil que se gesten al margen del sistema institucional y de sus reglas ya establecidas, y además terminan por dar lugar a transiciones políticas, es decir, a cambios en el sistema vigente, pero de manera gradual y mesurada.

En el título ya referido, el XIII de la Constitución, se estipula que “el pueblo” (a través del referendo) y “el Congreso” (a través del acto legislativo o la



conformación de una Asamblea Constituyente) son entes válidos y legítimos para reformar la Constitución. El referendo, pues, es declarado el “mecanismo de reforma constitucional *del pueblo*” (Sentencia C-551, 2003:).

Pero resulta importante advertir que no se está frente a cualquier tipo de consulta al pueblo, sino frente a una *sui generis*, dado que los temas sometidos para su decisión resultan ser transversales a la conformación y estructura política del Estado, susceptibles de transformar el *statu quo*. A través del referendo, el pueblo termina ejerciendo un poder que a primera vista podría señalarse como constituyente<sup>3</sup>, dado que tiene la posibilidad de modificar el *statu quo* en cuanto a lo jurídico.

Así las cosas, el referendo se proyecta en el panorama constitucional como un mecanismo de reforma que resulta, a todas luces, consecuente con los preceptos que el establecimiento de aquella Constitución que lo consagra ha traído consigo, sin restringir —al menos desde el papel— la posibilidad de modificar el *statu quo*. También resulta importante resaltar el carácter argumentativo de las sentencias que emite la Corte Constitucional y que terminan siendo otro reflejo más del constitucionalismo, donde la pretensión de racionalidad impregna cada una de las decisiones, al tratar de encontrarse en estas unas pautas que puedan llegar a ser universalmente aceptadas por todos los sujetos racionales, quienes sabrán entender que los argumentos de la Corte se encuentran ligados a las normas vigentes, al interés general y que pueden enmarcarse en un ambiente democrático.

## Pautas para el análisis de las sentencias

Después de estas anotaciones, previas al análisis que procedemos a iniciar sobre las dos sentencias objeto de estudio (C-551 de 2003 y C-141 de 2010), recordamos que el emisor de las mismas es la Corte Constitucional colombiana

<sup>3</sup> Esto lo digo pensando en las palabras de Pisarello (2014: 12), quien afirma acertadamente, siguiendo la historiografía constitucional: “En términos históricos un proceso constituyente es todo menos un fenómeno esquemático”; así pues, en vista de que, a través del referendo es posible modificar el *statu quo*, aunque la ley no lo contemple, este puede ser tomado como un fenómeno constituyente.

y que los destinatarios son indeterminados, a pesar de que cuentan con una característica en común, que es la pertenencia al sistema jurídico colombiano.

El enunciado que entraremos a analizar es el de “poder constituyente”, que en su acepción tradicional hace referencia a esa potestad del pueblo para constituirse políticamente de la forma deseada, sin importar los cauces vigentes implantados por el ordenamiento jurídico-político de turno. Este significado convencional se tomará como aquella información que se presupone como común, y que comprenden y manejan los usuarios del sistema. Indicamos que el significado del poder constituyente hace parte de esa información presuntamente compartida.

Sobre el contexto general de estas decisiones judiciales, cabe anotar que la elección de estas dos sentencias, y no de otras, no fue producto del azar, sino que se tomaron en cuenta porque están ligadas a un contexto político nacional similar: el Ejecutivo estaba a la cabeza del mismo gobernante, que contaba con firmes aspiraciones de perpetuarse en el poder (a pesar de que uno de los pilares de la democracia moderna es la temporalidad del mismo); un gobernante que en su discurso hablaba del “Estado de opinión” como la “fase superior del Estado de derecho”, donde, por encima de los cauces dictaminados por la institucionalidad, debía primar la opinión popular. Dicho discurso, que podría entrar a justificar los dos referendos que se gestaron durante su gobierno, dieron lugar a las decisiones judiciales que acá nos ocupan.

En este contexto, también es posible ubicar a una Corte Constitucional que, como órgano constituido defensor de la Constitución, fue testigo de las arbitrariedades que iban despuntando frente al sistema democrático institucional, en manos de un avasallador proyecto político que parecía encajar con los términos de un proceso constituyente, bajo la ya mencionada acepción de Pisarello (2014: 11) —proceso que no es necesariamente democrático, así se arroje discursivamente bajo sus palabras<sup>4</sup>—. Esta Corte tenía en sus manos el poder de decisión final sobre la viabilidad de someter a la opinión pública algunos temas transversales a este proceso político, y es en este contexto que sentó sus opiniones.

<sup>4</sup> También es posible encontrar esta reflexión en Pisarello (2011).

## Sentencia C-551 de 2003

### Contexto

2003 fue el segundo año<sup>5</sup> de mandato del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez. Desde que era tan solo un aspirante a la Presidencia de la República, Uribe ya había manifestado su firme intención de llevar a cabo una convocatoria nacional de referendo. Así que, para entonces, el clima político se desarrollaba en torno al suscitado proyecto, que había sido presentado al Congreso de turno por el Ejecutivo y que fue avalado mediante la Ley 796 de 2003.

Los asuntos susceptibles de votación popular que este referendo consagraba trataban temas de fondo sobre la estructura política del Estado. Había preguntas concernientes a temas como la pérdida de derechos políticos a funcionarios corruptos, la eliminación de las suplencias nominales, los nuevos requisitos para la personería jurídica de partidos y movimientos políticos, los nuevos recursos para la educación y el saneamiento básico, y la limitación de pensiones y salarios superiores a 25 salarios mínimos: asuntos, pues, que terminaban por transformar la composición orgánica del Estado.

La misión que tenía entonces la Corte Constitucional, en razón a sus funciones —en este caso estipuladas en el artículo constitucional 241 en su numeral segundo—, era decidir, antes de que el pueblo se pronunciara en las urnas, sobre la constitucionalidad de la convocatoria para votar un referendo que consagraba diversidad de temas (Colombia, Constitución Política, 1991).

Para entonces, la Corte estaba conformada por juristas con buenas relaciones con el Partido Liberal, y aunque posteriormente muchos de ellos terminarían siendo acérrimos detractores del gobernante de turno, impulsor de este referendo, en ese momento tales posturas detractoras apenas comenzaban a forjarse, por lo cual no existía una férrea prevención institucional

<sup>5</sup> Cabe resaltar que era *apenas* el segundo de ocho años continuos de mandato presidencial.

frente a las propuestas del Gobierno, aunque existían algunas posturas individuales que ya eran consideradas radicales<sup>6</sup>.

La decisión de la Corte Constitucional fue publicada en inicios de julio, en la Sentencia C-551 de 2003. En ella, de una parte, se declararon inexecutable algunas de las propuestas que se contemplaban, como la prórroga del período de alcaldes y gobernadores, el voto en bloque que permitía aprobar todo el referendo mediante una sola pregunta y la relacionada con la penalización de la dosis mínima; pero esta decisión, a su vez —aun a pesar de las declaratorias de inexecutable de algunos de sus numerales—, avaló que el referendo se llevara a cabo y fuera votado en las urnas por el pueblo colombiano, lo que dio vía libre a la democracia participativa y a la libre expresión del pueblo soberano.

El pueblo, efectivamente, fue convocado y acudió a las urnas para decidir sobre la propuesta, pero, como dice Amézquita-Quintana (2008),

[e]l referendo de 2003 no tuvo los resultados esperados por el gobierno de turno. Este finalmente fue llevado a las urnas el 25 de octubre, propuesto por el entonces líder del ejecutivo: Álvaro Uribe, quien desde que era aspirante a tal cargo, lo había promovido. Este referendo canalizaba una de sus preocupaciones centrales “*la lucha contra la corrupción y la politiquería*”, promoviendo entonces una reforma al Estado colombiano (p. 2).

Solo una de las preguntas —la relacionada con la pérdida de derechos políticos— alcanzó el umbral de votación dispuesto por las normas electorales (que consistía en el 25% del censo electoral) y todas las otras quedaron por debajo del mismo, lo que hizo que las demás propuestas susceptibles de votación quedaran sin eficacia alguna y se convirtieran en meras intenciones. Así las cosas, este referendo fue tomado como un gran fracaso del Gobierno, que efectivamente convocó al pueblo para que decidiera, pero que se manifestó negativamente mediante la abstención a la hora de votar.

<sup>6</sup> Tal es el caso de Jaime Araújo, juez constitucional que llegó a abandonar la sala en una de las plenarias en las que se discutía el tema.

### *Los postulados teóricos de la Sentencia C- 551 de 2003: el origen de la teoría de la sustitución de la Constitución*

En primer lugar, resulta importante anotar que la sentencia tuvo lugar gracias a la competencia de la Corte Constitucional —consagrada en la Constitución en su artículo 241— para decidir si la ley convocante a referendo (en este caso impulsado por el Gobierno) se encontraba conforme a los parámetros consignados en las normas de más alta jerarquía del ordenamiento jurídico colombiano.

Conforme a estas normas, ese juicio de constitucionalidad que realizó la Corte solamente podía versar sobre los posibles vicios relacionados con la forma, es decir, con el procedimiento de formación y expedición de la ley que convocaba al referendo, dado que analizar los asuntos de fondo —aquellos relacionados con los contenidos de tal referendo— implicaría un control material que la Corte no tenía la potestad de realizar; de hacerlo, incurriría en una extralimitación de sus funciones a la luz de los artículos constitucionales 241, 378 y 379 (Colombia, Constitución Política, 1991).

Con estos precedentes y el articulado más importante que la Corte debía tener en cuenta a la hora de realizar su análisis, la sentencia comienza asentando su postura al respecto. En primer lugar, la Corte invoca el respectivo articulado y afirma que el control que realiza en este caso es un control posterior —en la medida que se ejerce luego de que la ley ya ha sido sancionada— e indica que el alcance de ese control versa únicamente sobre vicios de procedimiento en su formación. Sin embargo, luego, después de que se dice que la Constitución es —y debe ser asumida en todo momento— como un texto armónico, que ha de interpretarse en forma sistemática, la Corte concluye que frente a la revisión de constitucionalidad de la ley convocante a referendo, el análisis no debe agotarse en la revisión del respectivo articulado<sup>7</sup> ni en el procedimiento de formación del mismo en el Congreso de

<sup>7</sup> Artículo 378: “Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger

la República, sino que el proceso de revisión deberá ejercerse a la luz de las demás disposiciones constitucionales que resultaren afines al procedimiento de la convocatoria a referendo.

En esta sentencia, la Corte asume la teoría de la validez —pues a fin de cuentas un juicio de constitucionalidad no es más que un juicio de validez de una norma respecto a un sistema jurídico determinado—, según la cual una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior (Alexy, 1994: 89).

Seguir esta teoría de la validez implica que la Corte puede entrar a examinar los vicios de competencia, que son aquellos que surgen cuando un determinado órgano se pronuncia sobre una materia o asunto sin ser el competente para hacerlo, es decir, sin que la Constitución ni ninguna otra norma jurídica le hayan otorgado previamente la potestad para pronunciarse al respecto. En el caso concreto de esta ley, los vicios de competencia pueden existir porque es posible que el Congreso o el Ejecutivo, que son órganos *constituidos*, a la hora de la creación o durante el trámite de la ley hayan incurrido en una extralimitación de sus funciones constituidas, arrojándose a sí mismas unas potestades *constituyentes* que, en este caso, no les corresponden.

Así las cosas, el juicio de constitucionalidad estuvo encaminado a definir si frente a la expedición de la ley se incurrió en algún vicio de competencia y si la ley convocante a referendo sustituyó a la Constitución entonces vigente. Por ello, resulta necesario ahondar en un par de discursos que usa la Corte en su análisis y cabe anotar que ambos son comunes a las dos decisiones que acá se estudian. Estos son: el poder de reforma y la teoría de sustitución de la Constitución.

libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente. La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral” (Constitución Política, 1991).

## *El discurso del poder de reforma*

Para entrar a definir este uso discursivo de la Corte, vale la pena recordar la clásica diferencia de la teoría constitucional entre el poder constituyente —que también es denominado “poder constituyente originario” o “primario”— y el poder constituido —que se suele denominar “poder constituyente secundario”—. Así las cosas, mientras los actos del poder constituyente resultan fundacionales del orden jurídico y, por ello, están exentos de todo cauce o control, los actos del poder constituido están sujetos a los límites impuestos por el poder constituyente.

En la teoría constitucional se diferencian ambos poderes y el primero de ellos es origen del otro: mientras la voluntad del poder constituyente es creadora de todo un orden normativo y no se encuentra supeditada a ningún tipo de control por parte de otros organismos, el poder constituido es secundario y sus actos están sujetos a límites y controles.

Teóricamente, esta diferenciación cumple una función esencial porque permite reconocer que en la conformación de todo orden normativo existe un componente político esencial, el cual escapa a todas las formas previamente establecidas, pero que, a pesar de ello, el mismo instituye un orden, unos cauces y fija unas pautas y límites a seguir para la efectiva conformación de un ordenamiento jurídico.

En el panorama constitucional de tinte democrático expuesto en este trabajo, es posible afirmar que la titularidad de este poder constituyente recae sobre el pueblo soberano y que cuando este se manifiesta para modificar la estructura jurídico-política vigente, su voluntad es inapelable y no es posible hacer ningún tipo de juicio jurídico respecto a ello.

Así las cosas, en esta sentencia la Corte reconoce la existencia y legitimidad del poder constituyente del pueblo soberano<sup>8</sup>, para luego diferenciarlo de un

<sup>8</sup> Para ello, hace referencia a la Sentencia C-544 de 1992, cuyo ponente fue el magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la cual se reconoce que el poder constituyente es el pueblo, que el mismo posee un poder soberano absoluto y que sus actos son político-fundacionales y no jurídicos; y a la Sentencia del 9 de junio de 1987 de la Corte Suprema —aún no existía la Constitución del 91 ni

poder que denomina “poder de reforma”. En esta sentencia el poder de reforma es el mismo poder constituyente derivado<sup>9</sup>. Ese poder de reforma expresa, entonces, “[...] la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero en los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 30).

En esta definición encontramos, pues, varios componentes que vale la pena resaltar y que hacen de ese poder de reforma una figura distinta al poder constituyente. El primero está relacionado con el titular de esta potestad: tratándose del poder de reforma, ya no será el pueblo soberano su detentador, sino que serán “ciertos órganos del Estado”, por lo cual se trata de una potestad que detentan varios organismos que, además, podrán contar en ciertas ocasiones con la opinión ciudadana para el ejercicio de este poder.

El segundo toca lo relacionado con el contenido de este poder: el detentarlo implica la posibilidad de modificar una Constitución que ya existe. Aunque aquí podría afirmarse una similitud con el poder constituyente, esta otra potestad tiene una condición especial de aplicación que consiste en que, para llevar a cabo tal modificación, han de seguirse unas pautas que se encuentran estipuladas en la Constitución. De allí su diferencia con el poder constituyente, que no está supeditado a ningún tipo de pautas o límites preestablecidos.

Entonces resulta posible indicar que ese poder de reforma se encuentra sometido a controles y que tendrá trazados unos límites por los que ha de discurrir para que pueda ser tomado como legítimo o, en términos jurídicos, como válido. En la sentencia se indica:

el Tribunal Constitucional—, cuyo magistrado ponente fue Hernando Gómez Otálora, en la que se afirma que cuando se apela a la nación —entendiendo que la nación es el pueblo agrupado en términos políticos—, la decisión que esta adopte es de carácter político, lo que hace que la misma sea inapelable y no susceptible de revisión jurídica.

<sup>9</sup> Asunto susceptible de discusión, pues no todo órgano constituido tiene la potestad de reformar.

Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen a ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y [los] procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte [de] que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y por lo mismo, limitado por la propia Constitución (Sentencia C-551, 2003: párrafo 31).

Lo que pretende la Corte con este discurso es delimitar, por una parte, la potestad constituyente como magnitud política libre y sin ningún tipo de límites a la hora de su ejercicio, y, por otra, el poder de reforma, que también es un poder capaz de modificar el orden vigente, pero que solo podrá hacerlo en cierta medida y de cierta manera, mediante la institucionalidad y los límites que esta trae consigo.

Pese a la intención de la Corte de separar radicalmente estos dos poderes, ella misma incurre en contradicciones, como cuando indica —refiriéndose al poder de reforma— que “[...] se trata, por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente y es por ello derivado y limitado” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 30)<sup>10</sup>.

Queda entonces la inquietud de si ambas teorías son tan diferentes como la Corte pretende mostrarlas; de si en realidad se está hablando de un poder diferente al constituyente, instaurador de la Constitución y del orden jurídico, que pretende la continuidad de su obra (y que solo podrá verse asegurada por medio de la fijación de unos cauces que él mismo establece para procurar esa perpetuidad). Es entonces cuando surge la inquietud de si se trata de un discurso usado por la Corte con la intención de incluir la esfera de aquello sobre lo que sí puede decidir, un asunto que en principio parecía vedado a sus potestades.

<sup>10</sup> Es allí donde cabe la pregunta sobre la congruencia de esta teoría, pues teniendo en cuenta que una cosa no puede ser y no ser a la vez, resulta confusa la naturaleza de ese poder de reforma, que parece ajustarse más a una necesidad de la Corte de separar al omnipotente poder constituyente de este poder, frente al cual sí encuentra la legitimidad y el poder para hacerle frente.

## La sustitución de la Constitución

Otro de los discursos que usa la Corte —y que resulta común a las sentencias acá analizadas, las cuales, a pesar de tratar temas similares, dan lugar a que el juicio sobre las mismas sea opuesto—, está relacionado con la teoría de sustitución de la Constitución, que se encuentra intrínsecamente ligada a la teoría ya expuesta sobre el poder de reforma.

La teoría de sustitución de la Constitución se basa en el postulado de que no es lo mismo sustituir la Constitución que reformarla. Siguiendo esta teoría acogida por la Corte en esta sentencia, es posible afirmar que la Carta Política autoriza su reforma —de allí su relación con la teoría del poder de reforma, la cual es avalada y acogida por la Corte —: “[...] en eso consiste el poder de reforma, cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 33).

Aun así, resulta ser diferente y por lo tanto no es avalado por ningún organismo del ordenamiento jurídico ni por la propia Constitución, que, haciendo uso de este poder de reforma o de cualquier otro poder, se sustituya por *otra* la Constitución vigente. Así las cosas, son válidas las reformas dentro de la Constitución siempre y cuando ninguna de estas implique su eliminación, supresión o sustitución. El poder de reforma cuenta con unos límites formales y competenciales que no permiten que bajo su ejercicio haya lugar a esa sustitución.

Justamente, debido a esos límites vale la pena retomar el siguiente razonamiento de la Corte:

Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución pueda ser reformado, —lo cual está autorizado de manera expresa, como es el caso de la colombiana— y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución, en efecto esta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente —lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder— (Sentencia C-551, 2003: párrafo 33).

Así las cosas, la teoría de la sustitución de la Constitución es un parámetro para analizar si en un determinado momento y frente a una determinada

situación de reforma constitucional resulta posible que la supuesta reforma, en lugar de modificar la Constitución, tienda a sustituirla (es decir, a cambiarla transversalmente).

Mediante esta explicación es posible indicar que la teoría de sustitución de la Constitución resulta ser, principalmente, una herramienta interpretativa que sirve para establecer los límites del poder de reforma. Es por ello que la Corte, al usar este par de discursos, afirmó de manera vehemente: “La tesis de que el titular del poder de reforma puede sustituir la Constitución enfrenta dificultades insuperables y por ello es insostenible en nuestro ordenamiento constitucional” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 33). Así, en este caso puntual, la metodología de la Corte para tomar su decisión implicó analizar si el poder de reforma incurrió o no en un vicio de competencia, definiendo si la Constitución fue o no sustituida por otra, es decir, observando si el poder de reforma transgredió o no aquellos límites competenciales.

Esta metodología es la que llevó a la decisión final, fallo que resulta paradójico dado que, a pesar de la decisión que tomó la Corte finalmente —y luego de restringir el articulado de las preguntas, al suprimir algunas catalogadas como inconstitucionales—, se inclinó por promover la democracia participativa a través de la libre expresión del pueblo soberano, avaló la ley y dio vía libre para que fueran los ciudadanos, en las urnas, quienes dijeran la última palabra sobre el referendo propuesto por el gobierno de turno.

Sin embargo, durante toda la parte motiva de la sentencia la Corte se esmera en resaltar y ensalzar las virtudes y la importancia de la democracia representativa; en esta decisión no se le restringe al pueblo su poder de expresión política, pero, a la par —y quizás de forma incongruente con su decisión—, la Corte se esmera en construir un marco teórico bajo el cual ese pueblo soberano sea asumido como un ente supeditado y ligado al entramado institucional establecido.

Retomando el contexto planteado, cabe subrayar que la Corte es el organismo constituido guardián y garante por excelencia de la Constitución, y que la decisión que tenía en sus manos era dictaminar la viabilidad de un referendo sobre temas políticos, este había sido propuesto por un Gobierno incipiente —cuyos acérrimos detractores recién comenzaban a aparecer en el panorama político— y no existían férreos antecedentes contra ese Ejecutivo.

Esta anotación es posible tenerla en cuenta al pensar en el fallo de la Corte, dado que se trata de una sentencia en la que una cosa es lo estipulado en la parte motiva y otra lo prescrito en la parte resolutive. A pesar de resaltarse la democracia representativa y la imposibilidad de sustituir la Constitución por parte de ningún organismo constituido, se termina por permitir que se lleve a cabo un referendo<sup>11</sup> que tocaba temas estructurales del Estado.

Volviendo a los argumentos de la Corte, es posible percibir que el enfoque de esta corporación estuvo articulado, en esta sentencia, con individualizar y apartar al poder de reforma del poder constituyente. Desde el uso discursivo de la Corte, la diferencia principal entre ambos proviene del hecho de que, aunque ambos impulsen un cambio político, ese cambio se manifiesta de formas diferentes, pues mientras el poder constituyente puede ejercer libremente su potestad, al margen de todo tipo de pautas preestablecidas, el poder de reforma necesita, para ejercerse, cumplir con las pautas ya establecidas para su ejercicio. Caben entonces dos reflexiones al respecto.

En primer lugar, puede pensarse en la limitación de la democracia participativa y de la soberanía del pueblo, en razón de la existencia de unos cauces institucionales que terminan por sustraer la democracia a sus verdaderos titulares (cauces que, siguiendo esta crítica, parecen definir la forma idónea bajo la cual el gobierno del pueblo debe ser ejercido por el mismo). Esto es así pues, según la Corte, el poder de reforma “[...] no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 40). Mediante esta expresión, la Corte reafirma su postura teórica, según la cual el poder de reforma es un poder limitado sin posibilidades reales de transformación de la Constitución, como si de verdad fuera posible hablar de un poder de cambio diferente al originario poder constituyente.

<sup>11</sup> Es de anotar, además, que en esta sentencia fue declarado inexecutable el numeral 17, que prolongaba el período de las autoridades territoriales locales, pero curiosamente no fue declarado inexecutable porque el aumento de este período sustituyera a la Constitución, lo que sí sucedería con la ley convocante a referendo de 2009, que pretendía una prolongación del período presidencial, ley

La Corte se ve envuelta en el dilema que implica su misión de proteger la Constitución, porque debe a la vez salvaguardar la supremacía de la Constitución y propiciar tanto el principio democrático como la soberanía popular; al final, inclina la balanza hacia la supremacía constitucional y los cauces institucionales que la misma trae consigo: “la Carta, al establecer el referendo como mecanismo de reforma constitucional, no pretendió consagrar un procedimiento de democracia directa pura, sin controles judiciales y que estuviera totalmente desvinculado de las instancias de representación” (Sentencia C-551, 2003: párrafo 44). Pero, a pesar de ello, no es posible afirmar que el principio democrático queda desprotegido, pues en su sentencia la decisión final termina avalando la ley que convoca a referendo y permite la expresión ciudadana de la democracia participativa, y asegura que ni este mecanismo de participación ciudadana ni las preguntas que trae consigo sustituyen en ningún momento a la Constitución.

En segundo lugar, surge una pregunta sobre la que vale la pena reflexionar, pues da lugar a la paradoja que interesa dejar planteada en este trabajo: ¿realmente es posible afirmar que el “poder de reforma”, ese poder estático, institucional y perpetuador del *statu quo* vigente es realmente “otro poder” diferente al “poder constituyente”, que la Corte asume en su significado convencional, colmado de su carga emancipadora, revolucionaria y alejada de todo cauce normativo y con visos democráticos?

## Sentencia C-141 de 2010

### Contexto

La ley que pretende analizarse en este caso es la 1354 de 2009, ley que también convocó a un referendo. Para entonces, Álvaro Uribe Vélez iba a terminar su segundo e ininterrumpido período como presidente de Colombia:

declarada inexecutable porque sí sustituía a la Constitución. En este caso, frente a las autoridades locales, la razón de inexecutable iba ligada a que el tema ya había sido tratado mediante acto legislativo, lo que individualizaba la situación frente a los gobernantes de turno, por lo cual se trataba de un acto electoral encubierto y no de una decisión abstracta.

en total estuvo 8 años en el poder. Debido a su prolongación como máxima autoridad política del Estado colombiano<sup>12</sup>, muchos canales democráticos comenzaron a verse afectados por el monopolio del mismo y la pluralidad política del país se vio cada vez más reducida.

Las altas cortes —de forma protagónica la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional— cumplían en esta época una función contramayoritaria, dado que en el panorama político de entonces parecían ser los únicos organismos vigentes y revestidos de autoridad que aún contaban con un poco de poder e independencia frente al cada vez más avasallador Gobierno, que nuevamente buscaba prolongar su tiempo detentando el poder<sup>13</sup>.

Esta vez, el mecanismo usado por el Gobierno para prolongarse en el poder —a lo mejor confiando en ese “Estado de opinión”— fue nuevamente el referendo. Pero la iniciativa del mismo ya no provenía directamente del Ejecutivo, sino que venía de una iniciativa ciudadana<sup>14</sup> (“Si bien a Uribe parece no ‘molestarle’ la iniciativa, es indiscutible que también hay un movimiento social sincero en pro del impulso de esa medida, y es poco probable que ésta sólo sea consecuencia de los deseos presidenciales” —Altman, 2010: 14—).

Así las cosas, la Corte debía tomar una decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, mediante la cual el Congreso de la República había avalado aquella iniciativa ciudadana que promovía un referendo reeleccionista —y que promovía un tercer período presiden-

<sup>12</sup> Colombia tiene un modelo presidencialista, lo cual hace que el presidente tenga más atribuciones que en otros modelos de gobierno, como en un modelo parlamentarista. Hay una mayor profundidad al respecto en Naranjo Mesa (2000).

<sup>13</sup> Se dice “nuevamente” porque mediante el acto legislativo 02 de 2004 ya se había dado lugar a la posibilidad de una primera reelección.

<sup>14</sup> El trámite de esta iniciativa podría resumirse de la siguiente manera: en un primer momento, se debe inscribir el documento en el que consta la iniciativa ante las autoridades electorales y para esta inscripción se requiere un comité promotor integrado por nueve miembros que elegirán, de entre ellos, un vocero. Luego será necesario que la iniciativa cuente con el 5% del apoyo ciudadano, siguiendo el censo electoral, y, finalmente, después de comprobada la veracidad de las firmas, el vocero del comité promotor deberá hacer efectiva la inscripción de solicitud del referendo.

cial—; se convocaba al pueblo a movilizarse a las urnas y pronunciarse sobre la viabilidad de una segunda reelección presidencial. A diferencia de la decisión estudiada antes, que también versaba sobre la exequibilidad de una ley que convocaba al pueblo a que decidiera sobre algunos temas, varios de los cuales tocaban de fondo con la estructura vigente en el Estado colombiano, esta vez la ley que convocaba al pueblo y que había sido aprobada por el Congreso se limitaba a un único tema: la posibilidad de reelección del presidente de turno para un tercer mandato.

El fallo de la Corte, en este caso, resultó controversial, pues, contrario a la postura que había adoptado siete años atrás —en la Sentencia C-551 de 2003, donde la Corte había declarado exequible la ley que convocaba a referendo—, en esta ocasión se adoptó la postura contraria: se declaró inexecutable la ley convocante a referendo, lo que impidió que el mismo pudiera ser votado por el pueblo en las urnas y clausuró de antemano la posibilidad de una segunda reelección.

Se trató de una sentencia controversial, no solo por la decisión de inexecutable, sino también porque en la misma se probó que la iniciativa ciudadana convocante a tal referendo había sobrepasado los topes legales de financiación<sup>15</sup>, además de que había otras irregularidades como la violación a la ley de bancadas y el exceso de facultades por parte del Congreso al modificar la pregunta del referendo. De estos temas, sin embargo, no nos ocuparemos en esta sentencia porque exceden el ámbito de estudio que nos convoca.

### *Los postulados teóricos de la Sentencia C-141 de 2010*

Para tratar esta segunda sentencia resulta importante, en primer lugar, diferenciar el origen de ambas iniciativas convocantes a referendo. Mientras que en la primera sentencia analizada la propuesta —que también consistía en el análisis de una ley convocante a referendo, que resultó aprobado y fue

<sup>15</sup> Según la resolución 067 de 2008 del cne, el monto máximo que se puede gastar en mecanismos de participación popular de orden nacional es de \$334.974.338 y, según el comité promotor del referendo, los gastos en los que se incurrió en el proceso de recolección de firmas ascendieron a los \$2.046.000.000, además de otros dineros aportados por otras entidades a través de otras figuras (Clavijo Romero y Morera-Montaña, 2010: 5).

votado por los ciudadanos del Estado colombiano— provenía del Gobierno nacional, en este caso nos encontramos frente a una convocatoria a referendo que contó con un origen popular, al tratarse de una iniciativa ciudadana.

Debido a ello, el análisis de la Corte no puede ser exactamente el mismo al contemplado en la sentencia anterior, pues aparecen otros factores que resulta necesario considerar. El primer dilema que la Corte se propuso resolver fue definir si esta participación democrática —la iniciativa ciudadana— constituía en sí misma una manifestación del pueblo en ejercicio de una soberanía no sometida a límites jurídicos o si, por el contrario, era un procedimiento ciudadano que se encontraba sometido a los cauces contemplados en el ordenamiento jurídico. Para ello la Corte retomó y profundizó en su discurso el asunto del poder constituyente, al cual diferenció del poder de reforma —que también denominó “poder derivado” o “secundario”—.

La Corte se refiere a este último como “la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una constitución existente pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma” (Sentencia C-141, 2010: 94). De allí se desprende “que se trata de un poder establecido por la Constitución<sup>16</sup> y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, es derivado y limitado, así como sujeto a controles” (Sentencia C-141, 2010: 1).

Frente a este dilema, la Corte terminó por concluir que el referendo siempre es una manifestación de ese poder de reforma y que, en esa medida, el hecho de votar o proponer un referendo no le otorga al pueblo ni poderes constituyentes<sup>17</sup> ni implica una aceptación tácita de aquellas propuestas so-

<sup>16</sup> En estricto sentido, no lo establece la Constitución, sino el poder constituyente (este lo establece en la Constitución).

<sup>17</sup> “Cuando la ciudadanía participa en la convocatoria de un referendo actúa como órgano constituido y, por ende, con poder limitado, porque ‘una es la situación cuando el pueblo, en un acto de afirmación y por fuera de todo cauce normativo decide reformar la Constitución o darse una nueva’ y otra distinta ‘aquella en la cual a la luz de las previsiones constitucionales, el pueblo es convocado para que decida si convoca una asamblea nacional constituyente’ o para que ‘expresé su afirmación o su negación a una propuesta de reforma a la Constitución’, pues ‘en el primer caso el pueblo actúa como constituyente primario’ y en el segundo ‘obra en el ámbito de los poderes constituidos’” (Sentencia C-141 de 2010: 98).



metidas a votación por ninguna instancia social o jurídica. Así las cosas, ni la propuesta de referendo por parte de la ciudadanía implica que la misma actúe como pueblo soberano, ni el hecho de votar un referendo implicará que la ciudadanía manifieste su poder constituyente<sup>18</sup>.

Es posible afirmar que esta sentencia reitera los discursos planteados por la misma Corte en la Sentencia C-551 de 2003 en lo relativo al análisis de los límites competenciales (poder de reforma y juicio de sustitución de la Constitución), pero se aparta de esta jurisprudencia en lo referente a aquellas subreglas específicas del trámite, por tratarse de un referendo de índole popular y no gubernamental (como fue el caso de la ley que convocaba al referendo de 2003).

Además de ello, y con el fin de reforzar los discursos sobre el poder de reforma y sobre la teoría de la sustitución de la Constitución, la Corte promueve dos nuevos discursos que refuerzan la teoría ya asentada. Estos discursos versan sobre el pluralismo político y la democracia.

### *El discurso del pluralismo constitucional*

Siguiendo los lineamientos constitucionales y democráticos que deben guiar el actuar de la Corte Constitucional, la cual se desempeña como guardiana de la Constitución, ella aplica en el análisis de esta sentencia el discurso del pluralismo constitucional, afirmando que el mismo es propio del modelo democrático establecido en la Constitución vigente. La Corte indica acertadamente que muchos discursos constitucionales ahora vigen-

<sup>18</sup> Esta última afirmación de la Corte nos remite a una de las reflexiones planteadas en el análisis de la sentencia anterior, pues indicar que el referendo está condenado a ser un mero poder de reforma y que el mismo no tiene ninguna relación con el poder constituyente, no siendo más que un poder limitado sin posibilidades reales de transformar la Constitución, implica la existencia de unos cauces institucionales minuciosamente preestablecidos, los cuales parecen sustraer la democracia a sus verdaderos titulares. Es posible recordar la crítica de Sanín Restrepo: “Un juez determina desde su autoridad cómo, cuándo y dónde se debe y puede ejercer el poder constituyente, esto no es otra cosa que el secuestro de la Constitución política” (2011: 117).

tes provienen del siglo XVIII y están relacionados con los discursos de soberanía y democracia liberal y constitucional. Pero, para ese entonces, la nación era entendida como un todo homogéneo, concepción que se fue transformando y que, a juicio de esta corporación, evolucionó luego de la Segunda Guerra Mundial, al orientarse de una manera más pluralista, conforme a la cual no solamente resulta necesario garantizar la posición y los derechos de las mayorías, siempre visibles, sino también las voces de las minorías. De este modo, la Corte indica que “ya no es posible que un único grupo de ciudadanos, por numeroso y respetable que sea, se atribuya la voz de pueblo soberano” (Sentencia C-141: 99).

La Corte, entonces, establece la necesidad de que en los tiempos actuales se conjuguen las nociones de pueblo y la visión de pluralismo, lo que implicará una “coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales” (Sentencia C-141, 2010: 99). En esta sentencia, la Corte promueve un discurso bajo el cual el pluralismo resulta determinante para concebir la democracia constitucional, modelo bajo el que debe establecerse el pueblo soberano y que instituye unos cauces para que este se pueda expandir junto con su diversidad.

Según este modelo de democracia, no resulta posible que una sola persona o una sola colectividad logren representar la totalidad de intereses de una sociedad y, en esa medida, resulta necesario el implante de mecanismos que garanticen que, al tomar decisiones que afecten a todos, sean tenidos en cuenta diferentes visiones e intereses y no los de unos cuantos: “Por ello en los Estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad” (Sentencia C-141, 2010: 100).

Ese pluralismo institucional se encuentra garantizado por mecanismos como la separación de poderes, pues la existencia de una gran variedad de organismos y poderes realizan ese pluralismo al interior del sistema institucional. Así como el desbalance entre los poderes incide, para la Corte, de manera negativa en el pluralismo —como sucedía en este caso concreto con la rama ejecutiva, que venía tornándose hegemónica—, pensar en una segunda reelección atentaba contra ese pluralismo porque “la afectación de las posibilidades de minorías y opositores para acceder al poder a causa de

una segunda reelección frustra las oportunidades de quienes, legítimamente, pertenecen a tendencias contrarias a la dominante y defienden ideas diferentes sobre la gestión gubernamental” (Sentencia C-141, 2010: 496-497).

Mediante este discurso vemos que se le resta importancia a la mayoría política —esencia del principio democrático— y, por el contrario, cobran valor aquellas minorías políticas que solo pueden ver garantizado su bienestar a través de los cauces establecidos (a ellas se les puede garantizar su derecho a no ser apabulladas por los arrastres de las mayorías mediante la seguridad jurídica que implantan los procedimientos).

### *El discurso sobre la democracia constitucional*

La democracia<sup>19</sup>, aquel régimen igualitario de atribución del poder, que cuenta con dos formas de manifestación (participativa y representativa<sup>20</sup>), en el análisis de la Corte y a la luz del modelo constitucional actual cobra un matiz no tan ligado a su definición tradicional. Bajo este, que está fundado en la Carta Política del 91, se trata del régimen político imperante en el ordenamiento colombiano. Siguiendo el análisis de la Corte, este régimen se encuentra presente desde los orígenes del texto constitucional, dado que la Constitución fue adoptada por un poder constituyente democráticamente elegido y que, según la Corte, ejecutó su labor constituyente a través de procedimientos democráticos.

Así las cosas, además de la institucionalidad que parece caracterizar al discurso democrático de la Corte, también resulta necesario resaltar que esta

<sup>19</sup> Cabe advertir que esta definición fue tomada de Pisarello, quien además específica: “la palabra *demokratía* aparece con los griegos como una concepción de la política y como una forma igualitaria de atribución y del ejercicio del poder” (2011: 23).

<sup>20</sup> Bien afirma la Sentencia C-141 de 2010 que mediante la participación “los afectados se involucran directamente en la adopción de las decisiones, y ejercen su voz no para elegir a un representante que hablará por ellos, sino para participar directamente en la toma de la decisión” (nota al final 87) y a través de la representación “las personas afectadas eligen representantes para hablar por ellos en el ámbito de los organismos decisorios representativos” (nota al final 87).

institución la asume no solo como la forma política que adopta el Estado colombiano, sino también como un “valor fundante del nuevo orden social establecido” (Sentencia C-141, 2010: 134).

Por último, se le asigna otro valor a este discurso, del cual deriva su influencia a la hora de definirse el problema jurídico que acontece en esta sentencia: la democracia no solo será asumida como un régimen político o como un valor fundante del orden jurídico vigente, sino que además esta debe servir como elemento hermenéutico a la hora de entender el ordenamiento, lo que implica que las disposiciones normativas deben encontrarse en todo momento conforme con sus postulados.

Curiosamente, en este análisis la Corte, para reafirmar la noción instrumental de la democracia, se recurre al principio mayoritario al afirmarse que resulta “[...] posible constatar que la mayoría de los autores contemporáneos son partidarios de una noción mínima de democracia, según la cual esta consiste simplemente en un conjunto de reglas de procedimiento para la adopción de decisiones colectivas que no dice nada sobre el contenido o resultado de las mismas” (Sentencia C-141, 2010: 9-10).

De allí concluye la Corte que las reglas son inherentes a la democracia y que las reglas de la mayoría y de la voluntad popular no pueden estar por encima de los procedimientos diseñados para que estas se manifiesten, y enfatiza, en todo momento, que “los procedimientos constituyen una buena parte de la sustancia de la democracia moderna” (Sentencia C-141, 2010: 2-3).

También resulta interesante preguntarse por el titular, que continúa siendo el pueblo y que ejerce la soberanía en los términos establecidos por la Constitución. La Corte afirma de manera tajante:

El constituyente de 1991 produjo, entonces, una institucionalización del pueblo en cuanto titular de la soberanía, pues organizó el poder que le corresponde en una multiplicidad de competencias y sometió el ejercicio de esas competencias a los cauces constitucionalmente diseñados, lo que, en su prístino sentido, significa que, si bien el pueblo soberano puede actuar, debe hacerlo en las condiciones y dentro de los límites establecidos en la Constitución y en las restantes normas del ordenamiento jurídico fundado en la Constitución, que lo instituye como titular de la soberanía. (Sentencia C-141, 2010: 426).

Con este discurso, las manifestaciones políticas del pueblo quedan reducidas al seguimiento de unos límites institucionales previstos con anterioridad. Esta “institucionalización del pueblo” —así es llamado por la Corte este fenómeno— coincide a la perfección con las teorías del poder de reforma y sustitución de la Constitución, que niegan un poder absoluto pero estimulan la reforma.

Así, sigue rondando la inquietud de si esa imposibilidad de cambio que la Corte pretende sepultar en su análisis es real o si solo constituye otro engranaje discursivo que reafirma la separación entre el poder constituyente y el poder de reforma. Una vez más, notamos que el discurso de la Corte pasa por alto que todo poder instaurador pretende la perpetuidad de su obra, que todo cambio implica luego estatismo y que ese poder de reforma se asimila cada vez más a esa otra cara del constituyente en la que, luego de instaurado el orden, ese mismo poder pretende la continuidad de sus postulados.

Es de anotar que esta sentencia de la Corte se dio luego de que la teoría de los vicios de competencia y de la sustitución de la Constitución se habían ensanchado en cuanto a su desarrollo jurisprudencial, al indicarse unas reglas y subreglas para su aplicación<sup>21</sup>. “Ahora” —se afirmó—, si bien el ordenamiento jurídico colombiano no consagraba cláusulas pétreas, era posible encontrar unos “elementos definitorios identificadores de la Constitución” que la hacían tener la identidad y las dinámicas que la configuraban.

A la hora de tomar esta decisión, el análisis de la Corte tomó en cuenta los discursos ya mencionados en relación con los temas objeto de análisis: retomó su teoría planteada en la Sentencia C-551 de 2003, donde se explicitó que el referendo, a pesar de ser un mecanismo constitucional, era una mera derivación del poder de reforma.

Acá se analiza si, frente a una segunda reelección, se da lugar o no a una sustitución de la Constitución y, para ello, se asumen dos premisas: 1) de un lado, se adopta una visión institucional y representativa de la democracia, bajo la cual los procedimientos y las reglas preestablecidas son la mejor

<sup>21</sup> Al respecto, la Sentencia C-1040 de 2005, que trae siete subreglas para definir si estamos o no frente a una tajante sustitución de la Constitución vigente.

hermenéutica para entender el fenómeno democrático; y 2) se adopta una visión diferente del poder constituyente, donde el mismo ya no busca generar un cambio político sino que por el contrario busca perpetuar el orden normativo ya establecido, reforzando la estabilidad de esa Constitución que sufre la amenaza de ser sustituida (en este caso concreto, por la posibilidad de una segunda reelección presidencial).

Así las cosas, en su hermenéutica la Corte dice que ese pueblo que ahora trae un proyecto de iniciativa ciudadana también debe someterse a los cauces implantados por el constituyente primario, lo que hace posible afirmar que, en esta sentencia, la Corte “institucionalizó al pueblo”: “La institucionalización del pueblo impide que la soberanía que en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control” (Sentencia C-141, 2010: 426). De este modo se restringen sus facultades para el caso concreto.

De modo que la metodología del juicio de sustitución empleado por la Corte implica demostrar que un elemento esencial de la identidad constitucional vigente fue suplantado. Nótese que en la Sentencia C-551 de 2003 aún no se había definido esto de los elementos definitorios. Esta corporación afirma, pues, que aunque en decisión previa<sup>22</sup> había considerado que una reelección no suplantaba a la Constitución ni sus preceptos, de forma muy diferente ahora estima que una segunda reelección sí la sustituiría, en tanto se vulnerarían los pilares ya mencionados en el análisis de esta sentencia: de un lado, el funcionamiento de la democracia constitucional, y de otro, el pluralismo constitucional.

Al final, la Corte decidió que esa ley convocante a referendo iba en contra de la Constitución del 91, en vista de que efectivamente la sustituía y de que ponía en peligro la diversidad política colombiana, por propulsar una mayor concentración de poder en un ejecutivo que ya resultaba avasalladoramente poderoso. De este modo, negó la posibilidad de que el pueblo colombiano acudiera a las urnas a votar el referendo.

<sup>22</sup> Se refiere a la Sentencia C-1040 de 2005, sentencia de inconstitucionalidad que demandaba el acto legislativo 02 de 2004, el cual contemplaba una reelección presidencial inmediata. En ella se consagran las siete subreglas para definir cuándo está siendo sustituido un elemento identificador de la Constitución.

Es innegable que el contexto político atravesó fuertemente la decisión — que iba en contravía de decisiones anteriores—, y más a sabiendas de que la Corte hacía parte de aquellos pocos órganos contramayoritarios que aún conservaban la potestad de decidir con independencia del Gobierno. Teniendo presente que se estaba frente a una imperiosa rama ejecutiva que parecía tomar lentamente todas las instituciones del Estado, la Corte se vio en la necesidad de ejercer su poder, contemplado por la Constitución, para inclinarse por una interpretación bajo la cual una segunda reelección presidencial sustituía la Constitución y, debido a ello, esa norma que convocó al referendo fue declarada inexecutable.

### *La otra cara del poder constituyente*

Cuando la Corte comenzó a discernir entre el poder constituyente y el poder de reforma, parecía pasar por alto que ese poder constituyente, esa magnitud política que alguna vez se reunió para dictar un nuevo orden estatal, tiene otra cara de la moneda, en la que no se cambia de sujeto: se sigue hablando de poder constituyente cuando hablamos de sus instituciones, de sus normas y de su orden establecido. Y aunque ese significado resulte diferente al convencionalmente asignado, no deja de definirlo, no deja de referirse a esos cambios que ya no son tan nuevos, a ese andamiaje que ya resulta un poco más desgastado, pero que no es más que la perpetuación de su obra.

Es a esa otra cara del poder constituyente —la que instaura y perpetúa el cambio inicialmente impulsado— a la que nos referimos en este trabajo cuando hablamos de “significado no convencional del poder constituyente”: ya no se trata de ese conglomerado social que en su momento logró estatuir un determinado cambio político, trocando así la forma en que se hallaba hasta entonces constituido el Estado, sino de aquellos cauces o límites que el mismo dejó en pie y que intentan perpetuar su legado.

Es posible afirmar que la Corte hace uso del término “poder constituyente” con su significado convencional, pero pasa por alto la otra acepción que el mismo conlleva: ese significado no convencional bajo el cual ese mismo poder constituyente no muestra esa cara benévola y transgresora del régimen estatuido, sino que, por el contrario, termina estatizando el proceso político existente con miras a su prolongación.

Esta división entre las dos caras de una misma moneda termina siendo el pretexto perfecto para justificar así la limitación de una de sus acepciones, frente a la imposibilidad de restringir la otra. De allí que, del análisis realizado en la segunda sentencia, resaltemos la institucionalización que la Corte la asigna al pueblo. Al hablar de “institucionalización del pueblo” se refiere a ese significado no convencional del poder constituyente, pues implica que el mismo, aunque cuenta con esa potencia constituyente y transformadora del orden jurídico, debe de encauzarse, limitarse, con el fin de continuar y perpetuar su legado.

No obstante, en el uso discursivo de la Corte ambos significados son usados indistintamente; de allí la necesidad de elaborar otros discursos en los que de manera ambigua separa al constituyente de la reforma, al cambio de su esencia, como si un cambio no condujera, luego, a una estatización, a una desaceleración. Esto encuentra, en su contexto, una mejor explicación: al remitirnos a la teoría pragmática que nos ocupa —la decisión de la Corte—, esta legitimación de la democracia participativa tiene su razón de ser.

En un primer momento, en la Sentencia C-551 de 2003, existía un proyecto de referendo impulsado por el Gobierno y avalado por el Congreso, que contaba con varios ítems en el articulado sujetos a votación, los cuales dejaban un mal sabor frente a los cambios que se pretendían implantar en la estructura política vigente; pero dado que se trataba de un Gobierno incipiente —nada podía preverse del manejo que se le daría a aquel mencionado “Estado de opinión” durante lo que terminaron siendo ocho años de gobierno en los que mediante la vía del consenso y la dominación carismática<sup>23</sup> se pretendió apabullar las vías jurídicas y los procedimientos estipulados—, sin muchos antecedentes, no existían razones de peso histórico-políticas que predispusieran a la Corte a restringirle al pueblo su poder de decisión.

Pero luego, en un segundo momento, a la hora del segundo referendo propuesto —tema que ocupa a la otra sentencia analizada, la C-141 de 2010—, ya se tenía otra concepción del Gobierno, según la cual el mismo contaba con una posición hegemónica que aún continuaba en plena expansión. Por ello, los organismos contramayoritarios pretendieron contrarrestar este poder y la prohibición de otra reelección era una excelente opción al respecto

<sup>23</sup> Siguiendo a Amézquita-Quintana (2008).

## Conclusiones

Lo anterior tuvo el fin de mostrar la versatilidad del concepto “poder constituyente”, que en estas dos sentencias sirve para legitimar una determinada forma de concebir el sistema político y para asentar sus bases teóricas sobre el álgido tema de la reforma a la Constitución en el sistema jurídico colombiano.

La forma de entender el poder constituyente por parte de la Corte muestra que esta, más que preocuparse por la congruencia de sus conceptualizaciones, se preocupa por la racionalidad de las mismas. Usa el concepto de “democracia” como elemento hermenéutico, porque la forma política refiere al modo en que se organiza el ejercicio del poder en un Estado.

Además de esto, y de manera central, la Corte se esfuerza en todo su discurso por separar, tajantemente, el poder de reforma del poder constituyente, así como en indicar que el juicio de sustitución de la Constitución es idóneo a la hora de identificar los límites de ese poder de reforma.

En este trabajo se expusieron dos decisiones frente a una misma temática: en la primera de ellas se avala el referendo a pesar de que sus argumentos parecen inclinarse por la prohibición del mismo. Quizás en el contexto pueda evidenciarse más claro tanto la permisividad de la Corte en la primera sentencia como la prohibición que implicó la segunda, cuando ese poder de reforma parecía manifestarse de forma distinta. Mientras en la Sentencia C-551 de 2003 ese poder no sustituía a la Constitución, a juicio de la Corte, en la Sentencia C-141 de 2010 sí lo hacía.

Así las cosas, es posible afirmar que el contexto influye en la decisión que toma esta institución. Aunque teóricamente el poder constituyente resalta por su potencia e imposibilidad de encauzamiento, frente a aquellos espacios en que resulta amenazada la democracia la Corte prefiere restringir la potestad constituyente. A esa cara del constituyente, que no pretende el cambio sino el estatismo, la Corte le asigna otros nombres y lo separa de su cara convencional, quizás con el fin de ocultar la enorme ambigüedad que este término trae implícitamente.

Es posible afirmar, entonces, que el discurso manejado por la Corte sobre el poder constituyente es ambivalente, porque en un primer momento y

para una gran variedad de situaciones se trata de un poder de cambio, en manos del pueblo, que no debe ser limitado, pero en otros casos —como en la segunda sentencia— ese poder que tiene al pueblo como titular debe someterse al ejercicio de unas competencias y límites.

Por ello, frente a esta paradoja en su significado, es posible afirmar que la Corte se limita a tratar la cara transformadora del poder constituyente, evitando la reflexión sobre la ambigüedad de significados que el mismo implica, lo que la lleva a establecer los *otros* discursos acá planteados. Es una paradoja que sin embargo, al mirar la forma en que se han establecido las constituciones modernas, no resulta tan novedosa. Según Gargarella (2014), en todas estas existe una contradicción “constitucional fundamental” que se da entre su parte orgánica y su parte dogmática, la cual se deriva de los compromisos que suelen estipularse en la parte de los procedimientos y en la conformación institucional frente a los compromisos e ideales proyectados en la consagración de los derechos: “La existencia de esta primera y fundamental tensión marca, desde su mismo nacimiento, el carácter de cualquier constitución” (p. 299).

Esta paradoja se puede ver reflejada en otros aspectos del orden constitucional; el poder constituyente también hace parte de ella, debido a la ambigüedad que lo atraviesa. Por ello, este concepto ha sido expuesto en este trabajo como un caso concreto de las imprecisiones lingüísticas y jurídicas que atraviesan al sistema jurídico-constitucional.

Así las cosas, es posible afirmar que la Corte usa el término “poder constituyente” de forma exclusiva en su significado convencional, y que este uso condiciona al sistema jurídico colombiano al implicar la aceptación de la doctrina de la teoría de la sustitución y el poder de reforma a la hora de resolver los dilemas que se planteen sobre la reforma a la Constitución.

## Referencias

Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Altman, D. (2010). Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: ¿mecanismos de control político o políticamente controlados? *Perfiles latinoamericanos*, 18(35), 9-35.

- Amézquita-Quintana, C. (2008). Fuerzas políticas movilizadas ante referendo de 2003. *Análisis político*, 21(63), 78-102.
- Blum-Kulka, S. (2000). Pragmática del discurso. En: T. A. Van Dijk, *El discurso como interacción social* (pp. 67-97). Barcelona: Gedisa.
- Carrió, G. R. (1973). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea.
- Clavijo-Romero, B. y Morera-Montaño, L. (2010). *Elecciones presidenciales en Colombia 2010*. Bogotá: Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga.
- Colombia. Constitución Política. (1991).
- Escandell-Vidal, M. V. (1996). *Introducción a la pragmática* (vol. 2). Barcelona: Ariel.
- Frías-Conde, X. (2001). Introducción a la pragmática. *Ianua. Revista Philologica Romanica*, 1-35. Disponible en: [http://w3.salemstate.edu/~jaske/courses/readings/Introduccion\\_a\\_la\\_pragmatica\\_Xavier\\_Frias\\_Conde.pdf](http://w3.salemstate.edu/~jaske/courses/readings/Introduccion_a_la_pragmatica_Xavier_Frias_Conde.pdf).
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Gil, J. M. (2001). *Introducción a las teorías lingüísticas del siglo xx*. Tenerife: Melusina.
- Naranjo Mesa, V. (2000). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.
- Pisarello, G. (2014). *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_ (2011). *Un largo termidor*. Madrid: Trotta.
- Rodríguez, H. A. y Malaver Rodríguez, R. (2013). El análisis del discurso como estrategia de investigación. En: P. Páramo (ed.), *La investigación en ciencias sociales: estrategias de investigación* (pp. 225-245). Ciudad: Editorial.
- Sanín-Restrepo, R. (2011). *Teoría crítica constitucional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Schmitt, C. (1970). *Teoría de la Constitución*. Mexico: Editora Nacional.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-551, Expediente No. CRF-001 (Sala Plena, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, 9 de julio de 2003).
- \_\_\_ (2010). Sentencia C-141, Expediente No. CRF-003 (Sala Plena, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de febrero de 2010).
- Zagrebelsky, G. (2005). *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta.

## ■ Capítulo 2.

# La necesidad de la intervención estatal en la formación jurídica. Una mirada histórica a los estudios jurídicos en la época republicana\*

Cathalina Sánchez-Escobar\*\*

## Introducción

En América Latina, así como en Europa y Estados Unidos, las profesiones jurídicas han dominado la burocracia y la política. Durante la época colonial, la mayoría de los cargos oficiales, especialmente lo más altos (oidores y procuradores), exigían un diploma en derecho para quienes los ejercían. La profesión jurídica constituía entonces una “élite” que gozaba de una posición estratégica en el Estado y algunos segmentos de la sociedad, y fue esencial en el proceso de construcción de los Es-

\* Producto de la investigación “El papel del juez en América Latina en el siglo XIX. Entre tradición latinoamericana e influencias extranjeras”, realizada por la investigadora como parte de su formación doctoral, iniciada en enero de 2006 y finalizada en marzo de 2012.

\*\* Abogada, magíster en Historia de las ideas y de las instituciones políticas y doctora en Derecho. Docente de la Facultad de Derecho e investigadora del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: [cathalina.sanchez@upb.edu.co](mailto:cathalina.sanchez@upb.edu.co).

tados nación, particularmente en el contexto de transición entre el orden colonial y el establecimiento de los órdenes jurídicos independientes, contruidos sobre una base nacional.

En tanto que expertos de la vida pública, de allí la importancia de los juristas en la administración del Estado y en la sociedad misma; eran (y siguen siendo) considerados como los personajes idóneos para manejar los asuntos públicos, pues dominaban, o debían dominar, el conocimiento apropiado de la vida política, en tanto se entendía el derecho y la política como dos figuras interdependientes que no podían existir solas. Es por ello que, desde la época colonial, todo lo relacionado con su formación intelectual y su inserción social se convierte en materia de interés público y en objeto de regulación normativa.

La injerencia del Estado en la formación jurídica ha sido una constante en la historia republicana colombiana. No es extraño encontrar referencias a la necesidad de implementar políticas públicas o crear normas orientadas a atender una formación en valores o a orientar a las facultades de derecho en la revisión y construcción de planes de estudio que conduzcan a una formación íntegra de abogados (no solo capacitados y competentes, sino también honestos, respetuosos de la grandeza de la justicia al momento de actuar como litigantes, jueces, consultores, académicos, etc.) (Álvarez Jaramillo, 16 de marzo de 2018: 22).

De hecho, se han construido marcos políticos claros en materia de formación social y jurídica que abordan aspectos concretos relacionados con los contenidos de los planes de estudio y el ejercicio de la función judicial, en un intento por solucionar las crisis que se han presentado en diferentes etapas de la administración de justicia o para lograr adecuar los fines del Estado a facilitar el acceso a las instancias judiciales y la obtención de decisiones de fondo adecuadas y oportunas, pues, según nuestra convicción, la justicia juega un papel importante en el desarrollo de la sociedad.

Como se mencionó anteriormente, en la sociedad colombiana se les ha atribuido una función significativa a los abogados (juristas) desde la época del Virreinato de la Nueva Granada, y su conducta se convierte en parámetro

de ejemplo o crítica según se ajuste o no a los criterios populares de aceptación y correspondan o no a los valores comunes de honestidad, rectitud y respeto. De esas alabanzas o censuras se desprende un sinnúmero de opiniones conducentes a elogiar el buen desempeño y las remarcables cualidades de los sujetos en cuestión o a reprobar y proponer soluciones “audaces que permitan una especie de reinención del esquema judicial, tanto desde el punto de vista material, como orgánico y formal” (Álvarez Jaramillo, 2 de marzo de 2018).

Según se ha propuesto tradicionalmente, el método integral para solucionar “las crisis” de la profesión jurídica o de la justicia debe iniciar desde su base, es decir, desde la formación de los abogados, y continuar con los demás intervinientes en el sistema. Para ello, se formula la revisión de los criterios y contenidos de la formación de los estudiantes en las escuelas o facultades de derecho, recomendando, suprimiendo o incluyendo material de apoyo, temas de estudio y autores referentes, y haciendo hincapié en el mensaje ético que se promueve allí, porque lo que se enseña/aprende en dichas facultades, en opinión de muchos autores, pertenece al ámbito del interés público y al ejercicio de la función pública.

“La profesión del abogado entraña un riesgo social y a pesar de ser libre en los términos del artículo 26 de la Constitución Política, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la idoneidad del ejercicio” (Congreso de la República - Senado, 2016: x). Actualmente, el país se encuentra inmerso en una lamentable crisis debido al incumplimiento de los deberes constitucionales de los órganos del Estado y la corrupción ha permeado a altas personalidades de la justicia, a algunos abogados, congresistas, gobernadores, alcaldes y otros servidores públicos en ejercicio. Se ha planteado, incluso, que la corrupción se gestaría en las altas cortes, lo que precisa un replanteamiento de la institucionalidad, su integración y sus funciones; esto implica, como sugiere Álvarez Jaramillo (2 de marzo de 2018), examinar y buscar soluciones atinentes, entre otras, a la revisión de los programas de derecho y a la identificación de los contenidos de la formación profesional de los futuros abogados con el propósito de garantizar la formación de abogados íntegros, honestos y eficaces, presupuesto fundamental para cualquier reforma a la justicia.

De nuevo, se pone sobre la mesa la discusión acerca de la intervención de los contenidos de la formación jurídica<sup>1</sup>, esta vez concentrada en la necesidad de presentar y desarrollar planes de estudio con alto contenido ético. Perdura la creencia en y la práctica de introducir cambios sustanciales en los *pensa* de las facultades de derecho y en las regulaciones normativas del Estado, “con el objeto de formar abogados con un profundo mensaje ético y hacer que el ordenamiento se integre por normas sencillas, desprovistas de formalismos innecesarios o de redacciones ambiguas que hacen posible el desarrollo de prácticas dilatorias” (Álvarez Jaramillo, 23 de marzo de 2018).

El presente trabajo pretende mostrar un panorama de los estudios jurídicos durante las primeras décadas de la vida republicana, con el fin de examinar la manera como, con un carácter fundador, las nuevas repúblicas organizaron los saberes jurídicos, formaron sus servidores y comenzaron a estructurar el aparato jurídico del Estado (lo que evidencia cómo la intervención del Estado en los contenidos y procesos de la formación jurídica ha sido una constante que tiende a garantizar la estabilidad del sistema y la eficacia de la justicia).

Para ello, en una primera parte se presentarán aspectos generales de la educación jurídica en los primeros años republicanos, teniendo en cuenta su evolución, tendencias y doctrinas, así como los regímenes universitarios, para revisar, en un segundo momento, los cambios introducidos por la penetración de ideas jurídicas modernas (modelo europeo del Estado nacional) que se reflejan en las ideas formalistas presentes en la enseñanza del derecho.

Para este trabajo fueron consultados fondos documentales de archivos nacionales y de bibliotecas nacionales en los cuales se tuvo acceso a periódicos de la época, constituciones, leyes, decisiones, sentencias y diversos materiales normativos en relación con el tema de estudio, así como algunos informes de funcionarios y crónicas de la época. También fueron consultadas fuentes secundarias como publicaciones de la época, tratados, comentarios y manuales de derecho, así como bibliografía actual.

<sup>1</sup> Hace unos días fue aprobado en la Cámara de Representantes un proyecto de ley con el que se pretende implementar un examen de Estado especial para quienes aspiren a obtener la tarjeta profesional de abogado exigida para litigar. Esta iniciativa empezaría a ser implementada con los estudiantes que se matriculen a partir del momento en que quede sancionada la ley.

Fueron estudiados documentos del Archivo General de la Nación (Colombia) para determinar y comprender la función judicial y la actividad de los jueces. Las rúbricas consultadas para este efecto fueron: colegios y universidades de 1775 a 1879 (sección SC SEO); Consejo de Estado de 1822 a 1846 y de 1828 a 1871 (sección República y fondo EOR, sección colecciones); jueces y tribunales de 1820 a 1891 (sección República); asuntos importantes de 1588 a 1858; abogados (fondo Congreso, sección República); derechos de los jueces (fondo Congreso, sección República); procesos de tribunales y de jueces en materia civil (fondo Congreso, sección República); actos legislativos de la administración de justicia (fondo Consejo de Estado, sección República); e instrucción pública (fondo Consejo de Estado, sección República).

El método comparativo fue utilizado para determinar las características propias de los diferentes sistemas, los posibles cambios y la variación de conceptos, o la evolución que ciertas instituciones o normas pudieron haber tenido en diferentes países. Se busca que esta contribución cree un espacio de reflexión más allá de los estudios puramente jurídicos o puramente históricos.

## La educación jurídica en los primeros años republicanos

Para efectos de este trabajo, entenderemos la noción de “cultura jurídica” como una herramienta conceptual para la comprensión del derecho como fenómeno social, como un proceso que actúa en el centro de la sociedad (Friedman, 1969). En la cultura jurídica entendemos el derecho como un fenómeno cultural y no como un conjunto de reglas: es un conjunto de creencias e hipótesis sobre la forma y el carácter de cada comunidad particular, que funciona como un marco de significación para interpretar el mundo social y el individuo en su seno.

Para comprender el lento proceso del cambio sociocultural producido en América Latina en el siglo XIX, es necesario entender la relación entre las expectativas que legitiman el orden existente y las nuevas orientaciones que tratan de legitimar el nuevo orden. Los juristas hicieron parte de este proceso, primero como artesanos y luego como partisanos del Estado.



En un principio, el poder centralizado y la ley, fuente única ante la cual el jurista solo podía someterse a su texto, limitaban la oposición o el control que trataban de ejercer los juristas. En el nuevo esquema, el poder y la ley se identificaron, lo que quiere decir que la función de los juristas no estaba dirigida a la defensa de los derechos frente al poder legislador, sino que todos estaban sometidos a la única (y misma) fuente de derecho, para la cual trabajarían en adelante.

Un nuevo esquema, una nueva manera de entender y vivir el derecho, supone la existencia y exigencia de una formación jurídica que brinde las herramientas necesarias para afrontar el papel que los nuevos juristas vienen a jugar en el Estado. En la América española, existieron universidades desde la segunda mitad del siglo *xvi* (Rodríguez Cruz, 1973), las cuales, junto con algunos seminarios y colegios mayores manejados por el clero, fueron las instituciones educativas que instrumentalizaron la formación de un cuerpo de intelectuales que articularía la escena social y política tanto en la época colonial como poscolonial.

Si afirmamos que la organización de los establecimientos de enseñanza y la disposición del saber determinan la formación de los juristas, debemos entonces prestar atención a la normativa del Estado que estructura un sistema nacional centralizado (organización y control). El modelo tomado como base para la organización de la educación fue el proyecto de la Ilustración, que situó a la universidad como centro de producción de los grandes proyectos de transformación social. Para ello, el Estado asumió el control directo y la organización del aparato universitario.

Las universidades se organizaron según un nuevo modelo de racionalidad. Se suprimieron los diplomas en derecho canónico, y la enseñanza de algunas materias, que hasta entonces había sido invariable, cedió el lugar a nuevas disciplinas, consideradas por el “saber moderno” —obsesionado por la utilidad— como indispensables. La universidad fue concebida como la sede de una racionalidad que debía coincidir con la del Estado (Gaitán Bohórquez, 2002).

La Independencia marcó de manera notable a las universidades coloniales en la América española; las ideas se renovaron y se produjo una difusión más abierta del pensamiento moderno. La necesidad de tener personas formadas para la gestión de la nueva organización jurídica exigió una especial atención

a la enseñanza del derecho (Pérez Perdomo, 2004: 127). La educación jurídica y aun las leyes eran instrumentos ideológicos importantes: la formación de los juristas era fundamental para la construcción del Estado y los conflictos generados alrededor de los estudios jurídicos reflejan las diferentes percepciones que los diferentes grupos, socialmente antagónicos, tenían del Estado y la sociedad. Los estudios jurídicos siguieron siendo, después de la Independencia y durante muchos años, el eje de la educación universitaria.

Entre las reformas educativas poscoloniales, podemos observar con claridad el debilitamiento de la influencia del clero en el sistema educativo general y en la formación de los juristas en particular. El Estado quiso asumir la dirección de todos los colegios y establecer medidas que permitieran regular el contenido de la educación judicial. Este carácter cada vez más público de la actividad fue el objeto de muchos debates entre la Iglesia, el Estado y las facciones políticas (Uribe Urán, 2008). Las discusiones sobre los modelos educativos, los planes de estudio, los textos y los métodos de enseñanza portaban la idea de una reforma social (Gaitán Bohórquez, 2002) y estaban destinados a obtener resultados concretos en la economía o política nacionales.

Los cambios resultantes en la educación tuvieron cuatro consecuencias principales: 1) ayudaron a reforzar el proyecto republicano del Estado y la tendencia a la descentralización en los años 1830, 2) aun si no se logró completamente la secularización de la educación jurídica, se fomentó una actitud antirreligiosa, 3) las reformas prepararon el terreno para el incremento del libre intercambio en el siglo *xix* y 4) se condujo a la obtención del diploma a un gran número de juristas-burócratas. Estos cambios aumentaron los diferendos entre los grupos de juristas de provincia, en plena promoción social, y los sectores aristocráticos que habían dominado en la sociedad colonial (Uribe Urán, 2008: 246).

Como parte de la educación jurídica se trataron, crearon, reforzaron y desarrollaron algunas teorías muy influyentes en el proceso de construcción individual y social, proponiendo modelos de sistemas de participación y organización política y social. En los cursos de jurisprudencia se experimentó la introducción de doctrinas jurídicas, políticas o económicas, lo que los convirtió en laboratorios de construcción de nuevos imaginarios. Veamos ahora la naturaleza y evolución de esta educación, los cambios experimentados y la relación entre la educación jurídica y el proceso de formación del Estado.

## *Evolución, tendencias y doctrinas*

Los modelos educativos legales estuvieron a la base de la construcción del aparato judicial a través de la aplicación de ciertas políticas y la recepción de algunos modelos. Estas políticas corresponden a las reformas borbónicas (1778-1783), impulsadas por el rey Carlos III, que pretendían reorganizar y aportar una cierta modernización al aparato administrativo, fiscal y educativo.

Los cambios aportados por estas políticas, con miras a modernizar los planes de estudio, generaron una extensión del campo de estudio, al asociar la escolástica con el estudio de la naturaleza y abarcar, así, materias como la biología, la física o la geometría en los programas de enseñanza. Esto significó un avance en la educación legal, pues los futuros juristas podían asociar a su conocimiento humanista el de la naturaleza y el territorio (Barbosa Delgado, 2007: 45-55). Por ello se dice que los juristas de los primeros años de la Independencia representan una ruptura con el antiguo régimen.

Las reformas de la escolástica en América Latina se llevaron a cabo por la necesidad de implementar cambios económicos que requerían una nueva mentalidad. Fue allí que la escolástica clásica dio paso a la escolástica reformada y luego a la Ilustración. Se estudió a Francisco Suárez, Benito Jerónimo Feijoo, quien, al llegar las ideas de la Ilustración a España, dio a conocer, por medio de sus publicaciones, la filosofía de Francis Bacon, Descartes y Newton. Mientras tanto, en España, se publicaron los artículos de los enciclopedistas franceses: Montesquieu, Rousseau, Cuvier, Cabarrús, Jovellanos, Floridablanca y Campomanes (Barbosa Delgado, 2007: 57).

La enseñanza de las matemáticas, la geometría, la astronomía de Copérnico y la física de Newton causaron grandes discusiones, pues para los puristas escolásticos era imposible comprender que se enseñara otra cosa diferente a la lógica y la retórica aristotélicas, dado que los nuevos conocimientos ignoraban los dogmas católicos. Otro tema que causó conflictos en el estudio del derecho fue la ideología de Jeremías Bentham, considerado como fuente doctrinal reaccionaria contra el escolasticismo. Bentham representó la posición de la Ilustración en el derecho.

El gran reto de la clase dirigente del período independentista fue la construcción de estructuras jurídicas y políticas, y de promover la identidad na-

cional. En ese contexto de modernización política, se recurrió a diferentes modelos teóricos que habían sido adaptados a las necesidades de la época y que causaron discusiones y confrontaciones. Los trabajos de Bentham fueron utilizados por la clase dirigente en busca de respuestas, de orientaciones para la dirección política de los nuevos Estados, para encontrar nuevas estructuras, ritos y formas jurídicas para la construcción de la legalidad.

Dejando de lado la forma ideológica colonial, se abandonó su lógica escolástica y se proscribió su manera de pensar. En este orden de ideas, la influencia de Bentham en el proceso de modernización política y jurídica<sup>2</sup> marcó fuertemente la enseñanza del derecho, no solo por sus propuestas, sino por la versatilidad con la que era enseñado por los profesores (Gómez Müller, 2002).

Desde la institucionalización de su obra, grandes retos se presentaron para los dirigentes del Estado: la separación obligada y consecuente de dos órdenes hasta entonces inseparables en el imaginario político colonial, el temporal y el espiritual. Bentham representaba, para la primera generación de criollos, el racionalismo jurídico con el cual se había atenuado el derecho canónico. Gracias a ese racionalismo, las respuestas a las diferentes preguntas jurídicas se encontraban por medio de la razón y no de la fe.

Luego de una defensa vigorosa de las ideas de Bentham, surgió una fuerte oposición a su doctrina, proveniente de miembros de la academia y la política. Poco tiempo después de haber comenzado la enseñanza de la doctrina benthamista, se presentó un conflicto doctrinario entre los defensores de la ética utilitarista y aquellos que consideraban que las ideas de Bentham eran contrarias al dogma católico y a la moral pública (Marquínez Argote, 1983: 13). Este conflicto se vio reflejado en los debates públicos sobre el contenido de los planes de estudio, el cual se presentó en muchas repúblicas latinoamericanas. Los conservadores moderados y los liberales veían la importancia de estudios jurídicos encaminados a formar ciudadanos activos, que debe-

<sup>2</sup> Para ampliar el tema, véase Rojas, Ezequiel (1881). *Obras completas* (tomo II). Bogotá: Imprenta Especial. Jaramillo Uribe, Jaime (1962). "Bentham y los utilitaristas colombianos del siglo XIX". *Ideas y Valores*, 4(13), 11-28. Schofield, Philip (2002). "Jeremy Bentham: importancia histórica y relevancia contemporánea". En: *Jeremías Bentham: el joven y el viejo radical, su presencia en el Rosario* (pp. 22-49). Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

rían constituir los dirigentes políticos y burocráticos. Los conservadores más ortodoxos, por su parte, temían que este objetivo se convirtiera en un desestabilizador y preferían que los estudios se concentraran en el derecho romano, canónico y patriótico (Rudan, 2010). Recordemos que en Colombia la polémica por el contenido de los planes de estudio dividió a Bolívar y Santander.

Para estudiar la formación de los juristas es indispensable analizar el currículo, pênsum o plan de estudio; ello nos permite tener una idea de las cátedras que debían seguir los aspirantes al diploma en derecho. Sin embargo, los planes de estudio son solo una guía general, pues para conocer realmente lo que se enseñaba a los estudiantes es necesario mirar el contenido de los cursos, especialmente mediante la literatura didáctica y los métodos de enseñanza y evaluación.

### *Régimen y reglamentación de las universidades latinoamericanas*

En la Gran Colombia, se expidió en 1826 la Ley sobre la Organización y el Arreglo de la Instrucción Pública, que comprendía toda la educación pública, incluyendo la universitaria. Por medio de un decreto del mismo año, Plan de Estudios, se reglamentó más en detalle la educación jurídica. La reglamentación de las universidades podía variar respecto a la reglamentación general. En Colombia, la enseñanza, especialmente la jurídica, fue considerada como de máximo interés público y político, razón por la cual el Gobierno la controlaba estrictamente.

El plan de estudios en derecho de 1826 era de 6 años y comprendía la enseñanza del derecho romano y el canónico (materias tradicionales), así como el derecho constitucional, político e internacional, la economía política, los principios de legislación universal y ciencia administrativa, y principios de estadística. Este plan fue muy controvertido y sufrió diversas modificaciones, una de ellas fue como consecuencia de una conspiración para asesinar a Bolívar, entonces presidente, en la que estaban implicados algunos estudiantes de derecho. Por ello el Gobierno decidió regresar al currículo tradicional y prohibir a Bentham. A la muerte de Bolívar, en 1830, el plan de estudios y Bentham fueron restablecidos. En 1840 fueron prohibidos de nuevo.

El nuevo plan de estudios de 1842 eliminó todas las enseñanzas peligrosas, como los principios universales de legislación, la ciencia administrativa y el derecho constitucional, y se concentró en enseñanzas más prácticas como el derecho comercial y el procedimiento civil y penal. El derecho romano y la economía política se conservaron por ser consideradas disciplinas útiles y políticamente seguras (Uribe Urán, 2008: 255).

En Venezuela, el plan de estudios de 1826 no fue directamente aplicado. La Universidad Central de Venezuela obtuvo un estatus especial en 1827 y la enseñanza del derecho fue dividida en doce cursos anuales (dos por año): en primer año, fundamentos y apología de la religión, y las *Instituciones* de Justiniano; en segundo año, historia eclesiástica y derecho patrio (o legislación española y republicana); en tercer año, derecho canónico y Constitución, derecho político y ciencia administrativa; en cuarto año, derecho canónico y derecho internacional; en quinto año, principios de legislación universal y práctica civil y criminal; y en sexto año, economía política y medicina legal (Pérez Perdomo, 1981: 283-284). Fue un plan de estudios más conservador que el plan general para la Gran Colombia, con especial acento en la religión y el derecho canónico, que comenzó con la enseñanza tradicional y adjuntó las nuevas disciplinas en los últimos años.

El Código de la Instrucción Pública de 1843 organizó el plan de estudios por períodos bienales y presentó algunas innovaciones en materia de cátedras: excluyó las prácticas civiles y criminales, pero incluyó el derecho práctico, la administración gubernamental y el régimen municipal, así como un curso de literatura o crítica del lenguaje. En México, en 1823, el Congreso Constituyente dictó un decreto que otorgaba a las universidades la facultad de establecer lecciones de derecho natural, civil y canónico allí donde no existían. En 1835, otros decretos establecieron los textos para la enseñanza del derecho: Berardi y Murillo para cánones, Juan Sala para derecho patrio y Vattel para derecho público. Los profesores debían adaptar la doctrina a las costumbres y la estructura política del país, ilustrar las ideas con los autores clásicos y omitir los puntos en los cuales los textos mencionados no estaban en conformidad con la religión, los usos y las políticas del país. En otras palabras, era una política de adopción de las tendencias modernas *ma non troppo*.

En 1843, el presidente Santa Ana reorganizó de nuevo la educación jurídica con un plan de estudios aún más conservador, que se centraba en los

estudios del derecho romano, el nacional y el canónico. Este plan preveía la distribución de las cátedras para el bachillerato, la licencia y el doctorado, incluyendo, para los dos últimos, cursos de derecho procesal, medicina legal, derecho de gentes, derecho público, derecho comercial y economía política, entre otros (Pérez Perdomo, 2004: 133).

En Chile, la Real Universidad de San Felipe perdió su importancia a partir de 1810 y la enseñanza se adelantó en el Instituto Nacional, donde en 1819 se establecieron los estudios jurídicos. También se empezó a enseñar el derecho en el Liceo de Chile y en el Colegio de Santiago<sup>3</sup>, instituciones que desaparecieron en 1830. A partir de 1832, el Instituto Nacional estableció, como plan de estudios, bellas letras o retórica, derecho civil y romano, legislación universal y derecho de gentes, y derecho canónico (Serrano, 1994: 169). Los estudios jurídicos también fueron objeto de una gran polémica en Chile.

En Argentina, la Universidad de Buenos Aires propuso en 1834 cursos de derecho natural y de gentes, derecho civil, economía política y derecho canónico. En Córdoba, según el plan de 1815, se dieron cursos de derecho romano o civil, derecho canónico, derecho natural y de gentes, y legislación nacional (castellana). Además, existían academias de jurisprudencia que ofrecían una formación complementaria a quienes aspiraban al diploma de abogado (Tau Anzoátegui y Martiré, 1967: 546).

Los países latinoamericanos fueron conscientes de que los estudios jurídicos debían estar orientados a formar la élite política necesaria para administrar el Estado. La enseñanza no fue legalista y la tendencia de la época fue, sobre todo, criticar el desorden de la legislación heredada de España, lo que conllevó que los juristas no estuvieran amarrados a la letra de la ley y estuvieran dispuestos a servirse de los diferentes elementos a su disposición, bajo un gran horizonte jurídico. El contenido de la reforma fue, en gran parte, el programa de la Ilustración, prestó mayor atención al derecho nacional (patrio) y enseñó los saberes considerados como importantes para la formación política.

<sup>3</sup> Andrés Bello enseñaba legislación universal, que incluía fundamentos de derecho civil, penal y constitucional.

A continuación, algunos ejemplos destacables de los planes de estudio de los cursos de derecho que se impartían en las universidades colombianas, chilenas, mexicanas y venezolanas, luego de la Independencia, con el ánimo de hacer un análisis comparativo acerca de las apuestas políticas que cada Estado le hizo a la formación de sus juristas.

**Tabla 1.** Cuadro comparativo de cursos en diferentes países

Colombia, 1826 (Pérez Perdomo, 1981: 107)	Chile, 1844 (Serrano, 1994: 169)	México, 1834 (Mendieta y Nuñez, 1956)	Venezuela, 1827 (Pérez Perdomo, 1981: 281)
<b>Legislación universal</b>	Derecho natural	Derecho natural	<i>Instituciones de Justiniano</i>
<b>Derecho constitucional</b>	Legislación universal	Derecho público	Religión e historia eclesiástica
<b>Ciencia administrativa y estadística</b>	Economía política	Principios de legislación	Derecho patrio
<b>Derecho civil romano y patrio I</b>	Derecho internacional	Derecho romano	Historia eclesiástica
<b>Derecho público eclesiástico</b>	Derecho romano	Derecho civil I	Constitución y ciencia administrativa
<b>Derecho civil romano y patrio II</b>	Derecho patrio (y constitucional)	Derecho criminal I	Derecho canónico
<b>Economía política y estadística de Colombia I</b>	Derecho canónico	Derecho canónico I	Derecho internacional
<b>Derecho internacional</b>		Derecho civil II	Principios de Legislación universal
<b>Economía política y estadística de Colombia II</b>		Derecho criminal II	Práctica civil y criminal
<b>Derecho internacional</b>		Derecho canónico II	Economía política, Medicina legal
		Academia	

Fuente: Elaboración propia.

A partir de la consolidación de la codificación, la idea predominante fue centrar la educación jurídica en los códigos. La enseñanza se concentró entonces en las materias que tenían como objeto los cinco códigos fundamentales: civil, penal, de comercio, procedimiento civil y penal. Además, la reforma liberal de la segunda mitad del siglo XIX y la relativa pérdida de importancia de la Iglesia católica implicaron una disminución de la enseñanza del derecho canónico en los países donde predominaron los liberales.

## Las ideas formalistas en la enseñanza del derecho

Entre 1830 y 1870, podemos apreciar la formación de un sistema jurídico sobre el modelo formalista, fundamentado en la distinción del derecho de otros conceptos de no derecho (Bobbio, 1999: 4) y caracterizado por la penetración de ideas jurídicas modernas, especialmente el iusnaturalismo y la estructuración de un aparato jurídico basado en el modelo europeo del Estado nacional, que empezaba a aflorar en el territorio latinoamericano como consecuencia de las distintas guerras de Independencia. Dichas guerras propiciaron un sentimiento arraigado de “patria”, que ocasionaba una discordancia entre los conceptos de “nación” aportados por sus dominantes europeos y la realidad criolla de la época.

Bajo este panorama, se presentó un escenario propicio para la creación de un derecho poscolonial que más adelante se constituiría como el derecho “patrio” de cada uno de los países latinoamericanos y para el desarrollo de instituciones jurídicas propias de las nuevas naciones, las cuales debían enfrentar el proceso de transición que se gestó entre la tensión de no poder dejar de lado el derecho colonial que las había precedido, es decir, olvidar de manera definitiva (hacer *tabula rasa*) doctrinas, teorías y tendencias, y el establecimiento de nuevas normas, instituciones y maneras de concebir e interpretar el derecho, acordes con el contexto latinoamericano.

Después de las guerras de Independencia se buscó crear un Estado dotado de un aparato político que permitiera gobernar, un aparato jurídico que permitiera organizar la nación y un aparato económico encargado de controlar y manejar la colecta de impuestos y administrar el gasto público. El objetivo de especificar las funciones del Estado dio lugar a la adopción de la separación del poder en ejecutivo, legislativo y judicial, según el modelo francés y conforme con la teoría constitucional de la época, según la cual el poder legislativo era el poder supremo (primero, por la unión natural entre el hombre y la ley, y segundo, porque, de acuerdo con el discurso liberal, correspondería a ese poder realizar la voluntad general y satisfacer el interés general). Según las palabras de Bentham, la legislación establece la estructura del Estado, orienta su actividad y fija las reglas de coexistencia entre los individuos. Del legislativo depende la felicidad o desgracia de la población.

Sin embargo, las condiciones sociopolíticas de los nuevos Estados no permitieron el funcionamiento del Estado conforme a las reglas de las constituciones y la teoría constitucional de la época. El período colonial se caracterizó por una unidad de competencias de los diferentes órganos del poder y una abundancia de legislación que dificultaba su estudio, comprensión y aplicación. Habida cuenta de estas dificultades, el material doctrinario parece haber sido sumamente útil e importante, pues los grandes juristas preparaban a menudo obras para facilitar el trabajo jurídico práctico o el conocimiento de las reglas de una manera más ordenada que la propuesta por las compilaciones. Partiendo de este principio, la educación jurídica se basó en un estudio comentado de la doctrina existente.

Las ideas del formalismo jurídico —nos referimos a la corriente de ideas que produjeron la codificación y las grandes construcciones doctrinales del derecho en el siglo XIX y parte del XX— tardaron en influenciar la legislación y la doctrina indiana y castellana, pero en materia de filosofía jurídica el panorama fue diferente: desde muy temprano se puede apreciar la influencia de la escuela del derecho natural y de gentes. Hay una perfecta asimilación del pensamiento racionalista y una completa consciencia de sus implicaciones para el derecho.

## *Evolución de la doctrina*

El “referimiento al legislador”<sup>4</sup> fue una institución que pretendía mantener la legislación en una claridad y nitidez tal que casi toda interpretación de la ley quedara excluida. Fue una de las formas de expresión del formalismo jurídico, que constituyó una especie de control a la aplicación de la ley y a la sumisión de los jueces (Guzmán Brito, 1982). Esta institución, tendiente a mejorar la legislación y evitar las leyes oscuras o ambiguas en el futuro, solo fue utilizada en las primeras etapas de la vida republicana, cuando las leyes interpretativas eran frecuentes. Luego, la doctrina la puso en duda por las dificultades que presentaba: saber si la interpretación era retroactiva, si podía afectar las decisiones con autoridad de cosa juzgada, etc. Además, existía el inconveniente de recargar de trabajo al legislador y el riesgo de que las leyes interpretativas, en lugar de facilitar, complicaran la inteligencia de las leyes (Pérez Perdomo, 1978: 41).

Si bien el referimiento al legislador estaba previsto para mejorar la legislación a futuro, este no resolvía el problema inmediato del juez en el caso concreto que debía resolver. Entonces apareció la regla legislativa de interpretación, según la cual las constituciones y los códigos indicaban al juez qué recursos debía utilizar para decidir: en un principio, los jueces debían decidir, en caso de insuficiencia u oscuridad de la ley, basándose en el derecho natural, la justicia universal y la razón.

En esta etapa también se presentó una constante revisión de los contenidos de los estudios jurídicos, en el sentido de que los conceptos y conocimientos impartidos respondieran a las necesidades del medio, es decir, que los estudiantes contaran con los criterios teóricos, éticos y morales necesarios para darle un correcto alcance y sentido a la norma, así como recibir la enseñanza e implementación de técnicas de interpretación. A partir de entonces, se le concede a la doctrina una importancia igual que a la legislación para mostrar la orientación de las ideas jurídicas en una época determinada y en un lugar preciso.

<sup>4</sup> Expresión tomada de Guzmán Brito, A. (1982). “Historia del ‘referimiento al legislador’ II: El derecho nacional chileno”, *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, (7), 107-130.

La doctrina anterior a la codificación es fundamental para comprender el sentido de la corriente jurídica e ideológica en esa época en América Latina. Aunque no existen muchos registros de las obras publicadas, se puede ver bien en las obras estudiadas las tendencias de la época y el comienzo de una producción local que no se limitó a hacer traducciones de las obras extranjeras o a comentarlas de manera didáctica, sino que se trató de verdaderas realizaciones científicas, con reflexiones locales, propias y de acuerdo con el modelo del derecho aplicable a las sociedades de la época (que comenzaban a tener sus propias dinámicas, distintas al contexto europeo, y que eran cortas para el derecho de las Américas, creado desde una perspectiva eurocéntrica). Estas obras sirvieron de base para construir una “consciencia jurídica criolla” (Obregón Tarazona, 2010: 4), para teorizar el derecho, debatir los fundamentos de las leyes y las decisiones judiciales, y como texto de estudio en las universidades.

En este sentido, Barbosa-Delgado (2007: 162) cita algunos de los doctri- nantes colombianos de la época para mostrar cuáles eran las ideas y los ejemplos que circulaban y constituían la fuente de información de los ju- ristas, tanto en formación como en ejercicio: Tomás Lander, José Rafael Mosquera, Antonio del Real, Cerbeleón Pinzón y Florentino González. Entre los latinoamericanos encontramos a Andrés Bello (*Principio de derecho de gentes*, 1832), José María Álvarez (*Las instituciones del Derecho Real de España*, 1836, que reemplazó la obra de Juan Sala —*Ilustración del derecho real de España*—) y Pedro Pablo del Castillo (*Teatro de la Legislación Col- lombiana y Venezolana*, 1852).

La formación jurídica implicó, entonces, el estudio de estos textos, que en la mayoría de los casos significaba la memorización de los mismos y la discusión de sus contenidos en las aulas de clase o en los exámenes pú- blicos que se realizaban para la obtención de los títulos. Los textos eran seleccionados previamente y solo se permitía la utilización y enseñanza de aquellos que no se consideraban nocivos o contrarios a la idea de Estado que se estaba consolidando, al mismo tiempo que se promovía una pro- ducción jurídica local que promoviera los principios y valores republica- nos latinoamericanos.

## *La codificación*

Luego de la Independencia, la gran tarea era organizar el Estado, motivo por el cual el trabajo constitucional se mostraba urgente y primordial, pues era necesario definir las reglas del juego político. A partir de 1811, América Latina se convirtió en la gran productora de constituciones, producto nuevo hasta entonces, y además se creó un buen número de leyes sobre la organización del Estado y las finanzas públicas. Con la Independencia no se buscó solamente un cambio político, sino que también se quería modernizar la sociedad, razón por la cual se comenzó a legislar rápidamente sobre los aspectos de la nueva política económica (liberación de la propiedad, liberación de los contratos, situación de indios y esclavos, etc.).

El deseo de tener una codificación moderna y apropiada se manifestó desde los primeros años de la Independencia. La motivación fue fuertemente política, pues el derecho español era visto como la expresión del despotismo y debía ser sustituido por un derecho adecuado para los nuevos Estados independientes. Para la historia del derecho latinoamericano, la codificación implicó un cambio muy importante, pues con ella se terminó efectivamente la validez del derecho colonial y se eliminó la legislación fragmentaria del período republicano anterior.

Los códigos son una expresión característica de la racionalización del derecho en el siglo XIX, en la tradición romanista; son una expresión concisa y clara de las reglas del derecho, expresadas en un orden sistemático. Un código se considera un todo completo y, en consecuencia, derogatorio del derecho anterior. Como expresión moderna, relacionada con el natural moderno y con las ideas de la Ilustración, el código tiene un carácter nacional que no se ve afectado incluso si se adoptan modelos a partir de los cuales se hacen las adaptaciones necesarias.

La elaboración de un código fue la ocasión para cambiar las reglas del derecho antiguo o reafirmar las reglas tradicionales bajo una cobertura moderna. Así, la posición conservadora pretendía codificar el derecho tradicional sin intentar modificar su contenido, mientras que los liberales pretendían cambiar las reglas de derecho para adaptarlas al ideal de una sociedad moderna.

Los doctrinantes que ayudaron a este proceso fueron inspirados por la corriente de la exégesis, que concebía el concepto del legislador como el creador absoluto y sabio del derecho; teniendo en cuenta la influencia ejercida, los doctrinantes franceses concebían, en el siglo XIX, la codificación y, en general, la interpretación del derecho en el sistema jurídico francés, bajo “el culto a la ley soberana, la búsqueda de la intención del legislador o el espíritu de la ley al momento de interpretar el código, la defensa acérrima del estatalismo-legicentrismo y el uso constante del argumento de autoridad al referirse a la ley” (Botero, 2017: 622-623).

El ideal formalista se vio así realizado, el concepto de legislación se modificó y se puede decir que en ese momento comenzó una efectiva supremacía de la legislación. Aun si los textos legislativos y doctrinales nos revelan la existencia de una concepción formalista del derecho, el orden jurídico solo se constituyó sobre el modelo formalista, plenamente, en la década de 1870. Este cambio trajo consigo modificaciones en la manera de concebir e interpretar el derecho, pues los documentos legales —como constituciones, tratados internacionales, leyes y obras de doctrina jurídica— trataron de establecer el nuevo orden político. Con ello no solo se hace referencia a un cuerpo de leyes, sino también a los mecanismos apropiados para su aplicación y a un cuerpo de juristas necesarios para aplicarlo de acuerdo con los cánones que ese orden establecía.

En palabras de Botero-Bernal (2006),

[c]on respecto al formalismo jurídico colombiano ya existe abundante literatura que muestra cómo no sólo no ha cumplido tal función, sino que además se ha convertido en una fuente de violencia al imponer a los administrados criterios netamente formalistas y procedimentalistas, que minan la misma sociabilidad. El formalismo-formulismo ha sido un motor de negación de justicia y un legitimador de las estructuras de poder patológicas que padece la sociedad colombiana (y parte de la latinoamericana), originando, entre otras cosas, un abandono masivo de la solicitud de justicia al Estado, prefiriéndose acudir a otros sistemas tan nefastos como lo son los grupos armados o la autocomposición violenta (p. 37).

No se puede desconocer, sin embargo, que el formalismo jurídico representó también un cambio en la manera de enseñar y aprender el derecho,

pues a partir de ese momento los cursos se basaron en la enseñanza de los códigos y sus comentarios, lo que propició una cultura académica de la educación que persiste en nuestros días, donde la ley se entiende como la fuente primordial y el fundamento del derecho y la doctrina, un camino para entender los deseos del órgano emisor. Además, se basa en una fuerte preferencia por la conceptualización, desde la teoría del derecho, cual parte fundamental para la comprensión del mismo como ciencia, y del lenguaje sobrespecializado jurídico como forma de comunicación entre aquellos que practican, estudian y ejecutan el derecho (Botero-Bernal, 2006).

## Conclusiones

La importancia de los juristas como constructores de naciones es remarcable; ellos se configuran como una élite (local) con un saber principalmente nacional y como las personas encargadas de elaborar e interpretar las reglas en la política nacional y en los negocios. Los juristas son los actores de la época, encargados de concebir y reformular el proyecto político de la Independencia, y crean las nuevas instituciones jurídicas que darían lugar al Estado colombiano; además, se entiende que el derecho hizo parte transversal y fue interdependiente al ejercicio político de la época. En lo que concierne al derecho, es ahora que comienza la construcción del sistema jurídico según el modelo formalista, base del pensamiento jurídico que conocemos en nuestro tiempo.

Estos actores políticos requirieron una educación jurídica integral, que cumpliera con una formación en conocimientos teóricos, prácticos y éticos, controlados estrictamente por el Gobierno, que debía asegurar que los contenidos y las discusiones que se llevaran a cabo en las universidades condujeran efectivamente a la realización de los fines del Estado y a alcanzar los objetivos propuestos en los cuerpos normativos y en las políticas establecidas.

Se puede aseverar, entonces, que en los primeros años de vida republicana el derecho comenzó a jugar un papel importante en la determinación de las funciones para la administración del Estado, y en la fijación de las reglas de juego respecto a la estructura estatal y a la concepción de nación que primaría en la construcción de los nuevos países latinoamericanos, como es el caso de Colombia.

Los instrumentos característicos para racionalizar el ejercicio del poder fueron las constituciones, que debían expresar los principios de base del régimen político y de la organización de poderes; junto a ellas se encontraban los códigos y, particularmente, los códigos civiles, que regulaban los aspectos prácticos de la nueva vida social y de la política económica.

La formación jurídica debía, en consecuencia, brindar a los juristas los conocimientos que se requerían para la correcta interpretación y aplicación de estos nuevos instrumentos y ello implicó adecuar los métodos de enseñanza, los textos, los procesos educativos y los planes de estudio, lo que demandó y justificó la intervención del Estado para asegurar la transformación y estabilidad del sistema.

Como se pudo evidenciar con la revisión histórica del proceso de formación de los primeros juristas republicanos, el examen por parte del Estado de los criterios y contenidos de los planes de estudio y la modificación, supresión o inclusión de materias y textos de apoyo de los estudios de derecho han sido una constante en la consolidación del Estado colombiano e incluso, hoy en día, se sigue considerando como la medida adecuada para ajustar inconsistencias o solucionar crisis que se presenten en la justicia, la institucionalidad o el ejercicio profesional. Sin embargo, nos queda la duda de si dicha intervención y exceso de regulación son efectivas para lograr estos cometidos, toda vez que, al cabo de 200 años, seguimos proponiendo las mismas alternativas para remediar males que parecen estar anquilosados en nuestra cultura jurídica.

## Referencias

- Álvarez Jaramillo, L. (16 de marzo de 2018). ¿Qué pasó con la reforma a la justicia? *El Colombiano*, 22.
- \_\_\_\_\_. (2 de marzo de 2018). ¿Qué pasó con la reforma a la justicia? (II). *El Colombiano*. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/que-paso-con-la-reforma-a-la-justicia-ii-AM8284442>.
- \_\_\_\_\_. (23 de marzo de 2018). ¿Qué pasó con la reforma a la justicia? (Final). *El Colombiano*. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/que-paso-con-la-reforma-a-la-justicia-final-HB8434944>.



- Barbosa Delgado, F. R. (2007). *Justicia: rupturas y continuidades*, col. *Taller y oficio de la Historia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bobbio, N. (1999). *El problema del positivismo jurídico* (6.ª ed.). México D. F.: Fontamara.
- Botero, A. (2017). La exégesis y su recepción en Colombia: una mirada desde la historia de las ideas. *Revista da faculdade de direito*, 112, 603-646.
- Botero-Bernal, A. (2006). Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: (formalismo versus principios y/o valores). *Opinión Jurídica*, 5(9), 33-61.
- Congreso de la República - Senado (10 de agosto de 2016). Gaceta del Congreso 646. *Proyecto de Ley 95 de 2016 Senado*. Disponible en: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=95&p\\_consec=45636](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=95&p_consec=45636).
- Friedman, L. (1969). Legal Culture and Social Development. *Law & Society Review*, 4(1), 29-44.
- Gaitán Bohorquez, J. (2002). *Huestes de Estado. La formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Gómez Müller, A. (2002). El primer debate sobre Bentham en la Nueva Granada (1835-1836): el valor y el sentido de lo humano. En: R. Sierra, *Miguel Antonio Caro y la cultura de su tiempo* (pp. 57-90). Bogotá: Universidad Nacional.
- Guzmán Brito, A. (1982). Historia del “referimiento al legislador” II: El derecho nacional chileno. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (7), 107-130.
- Marquínez Argote, G. (1983). *Benthamismo y antibenthamismo en Colombia*. Bogotá: Búho.
- Mendieta y Nuñez, L. (1956). *Historia de la Facultad de Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Obregón Tarazona, L. (marzo de 2010). Construyendo la Región Americana: Andrés Bello y el Derecho Internacional. *Revista de Derecho Público*, (24), 3-19.
- Pérez Perdomo, R. (1978). *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- \_\_\_\_ (1981). *Los abogados en Venezuela. Historia de una élite intelectual y política 1780-1980*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- \_\_\_\_ (2004). *Los abogados de América Latina, una introducción histórica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Cruz, A. (1973). *Historia de las universidades hispanoamericanas* (vol. 2). Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.
- Rudan, P. (2010). Más allá de la querrela benthamista: el gobierno de Ultramaría. *Araucaria*, (23), 115-139.
- Serrano, S. (1994). *Universidad y nación. Chile en el siglo XIX*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Tau Anzoátegui, V. y Martiré, E. (1967). *Manual de historia de las instituciones argentinas*. Buenos Aires: La Ley.
- Uribe Urán, V. (2008). *Vidas honorables; abogados, familia y política en Colombia 1780-1850*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, Banco de la República.

## ■ Capítulo 3.

# La cara oculta del derecho a la especial protección en Colombia\*

*Holmedo Peláez-Grisales\*\**

## Introducción

El derecho constitucional colombiano promueve una especie de “derechos especiales” “a favor” de ciertos sujetos y grupos que se encuentran discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta y, por lo tanto, en una situación de desventaja con el resto

---

\* Producto de investigación de la tesis doctoral *Estudio de caso sobre el “derecho a la especial protección” de los habitantes de calle del Río de Medellín*, adelantado en el Doctorado en Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, y cofinanciado por la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Está registrado como producto en el proyecto “Enseñanza y aprendizaje clínico del derecho en la Universidad Pontificia Bolivariana”, radicado con el número 046C-03/18-37.

\*\* Doctor en Derecho, magíster en Derecho Privado, especialista en Derecho Administrativo y especialista en Derecho Privado. Docente de la Facultad de Derecho e investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: holmedo.pelaez@upb.edu.co.

de la población conforme con el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia. En este orden de ideas, introduce una “fórmula jurídica especial” que aparentemente busca remediar las injusticias y los tratos indebidos que soportan estos individuos en el trayecto de su socialización según sus desigualdades con el resto de la población. A partir de allí, establece un derecho excepcional y particular para unos sujetos que se suponen “excepciones”, a quienes les promete una igualdad real con solidaridad como producto del nuevo modelo constitucional de Estado social y democrático de derecho.

Bajo este postulado, la Corte Constitucional colombiana ha asumido la competencia subsidiaria de establecer progresivamente ese derecho excepcional en vía de tutela a través de su reiterada jurisprudencia, con lo cual, de manera formal, ha desarrollado un significado positivo de la especial protección, basado en la siguiente premisa:

[...] El principio [de Estado Social de Derecho, establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia] se proyecta de forma inmediata en los incisos 2 y 3 del artículo 13 superior, los cuales ordenan la superación de las desigualdades materiales existentes, la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, la adopción de medidas positivas en favor de grupos discriminados o marginados, y la salvaguarda reforzada de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Sentencia T-1093, 2012: 51; Sentencia T-043, 2014: 8-9).

De este modo, ese sentido positivo del derecho a la especial protección se ha introducido de manera progresiva en el discurso dominante del derecho colombiano y en la práctica social como la “fórmula jurídica apropiada” para rogar la tutela de unos supuestos derechos especiales condicionados al reconocimiento previo de un individuo en una determinada identidad de grupo de especial protección.

En respuesta a ese discurso imperante, este estudio tiene como objetivo fundamental cuestionar ese sentido positivo de esta categoría del derecho colombiano y su modelo de reconocimiento y, a partir de allí, argumentar la tesis de que su significado es problemático por cuanto esconde un sentido negativo bajo el ropaje de un discurso esperanzador y de promesas de justicia e igualdad que encubren una herramienta política discursiva repro-

ductora de la exclusión y la subordinación de unos sujetos y grupos sociales frente a otros, en la misma lógica del derecho moderno de la colonización en un período posmoderno y poscolonial actual.

El texto analiza, desde la teoría crítica, esta cuestión en tres momentos. En un primer momento, realiza un esbozo preliminar de los sujetos del derecho a la especial protección, contextualiza quiénes constituyen esta clase de individuos —que por sus especiales circunstancias son reconocidos como titulares de una “mayor protección”— y delimita la manera como el derecho los define y se relaciona con ellos. En un segundo momento, desde el campo teórico, confronta el sentido afirmativo y negativo del derecho a la especial protección, a partir de lo cual se descubren las dos caras de este derecho: se problematiza su significado positivo, incorporado incuestionablemente en distintos ordenamientos jurídicos del continente americano, y se revela su sentido negativo, mostrando su significado dual. Y en un tercer momento, el estudio se centra particularmente en el derecho colombiano y profundiza en la delimitación de los problemas y las tensiones que presenta el contenido y la naturaleza jurídica de este derecho para su operatividad favorable y eficaz en la corrección de las desventajas injustas de los sujetos y grupos que dice proteger de manera especial en el contexto colombiano.

Finalmente, plantea unas conclusiones en las que afirma la necesidad de desmitificar el sentido positivo de esta prerrogativa jurídica de la especial protección y verla en sus diferentes facetas, y se sugiere la urgencia de problematizarla para combatir su sentido negativo a partir de la reinención del Estado y de un constitucionalismo experimental que cambie el modelo de reconocimiento y el rumbo de las subjetividades desaventajadas en el contexto colombiano.

## Un esbozo preliminar sobre los sujetos del derecho a la especial protección en Colombia

En el ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la especial protección aparece con la Constitución Política de 1991 en su artículo 13 superior, que reconoce la necesidad de proteger especialmente a los sujetos discrimi-

nados, marginados y débiles de la sociedad para garantizarles una igualdad material en el orden social. En el mismo sentido, se disponen otras normas constitucionales, pero de manera específica, sobre ciertos sujetos como los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres, las personas con alguna discapacidad y las personas de la tercera edad, entre otras. Sin embargo, ese reconocimiento tan solo estableció una lista no taxativa de estos sujetos y dejó abierta la posibilidad de ampliarlo a otros grupos por medio del legislador, quien está encargado de desarrollar este postulado.

Ahora bien, dibujar el mapa y hacer una identificación de los sujetos de especial protección en Colombia es una tarea compleja de fuentes que involucra no solo su revisión en la legislación, sino también en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los decretos o reglamentos de la administración pública. De esta manera, al abordar la ley se encuentra que el discurso legal hace parte de una serie de mandatos formales y graduales mediante los cuales el legislador históricamente se ha pronunciado sobre ciertos sujetos a los que, por diversas razones, ha visto la necesidad de establecerles una regulación distinta a la del resto de la población. Sin embargo, desde el punto de vista del lenguaje, en ninguna parte de sus normas se ha referido a ellos como sujetos de especial protección. Este ha sido un trabajo del constituyente primario en la Constitución Política de Colombia de 1991 y de la Corte Constitucional colombiana en sus decisiones judiciales.

A partir de este presupuesto, se han tomado en cuenta como sujetos de especial protección los identificados de este modo en la Constitución y en las decisiones de la Corte Constitucional y, desde ahí, se ha indagado retroactivamente en la ley, ya no desde la categoría de especial protección, sino directamente desde la denominación de cada sujeto según sus características. De esta forma, se encontró que la legislación colombiana, estadísticamente, cuenta con más de 1.800 leyes relacionadas y encuadra en esta categoría a los niños, las niñas y los adolescentes (178 leyes), las juventudes (91 leyes), el adulto mayor (21 leyes), la tercera edad (46 leyes), las mujeres (141 leyes), las madres cabeza de familia (29 leyes), las mujeres en estado de embarazo (50 leyes), los indígenas (12 leyes), los gitanos (7 leyes), las negritudes (15 leyes), los afrocolombianos (7 leyes), los campesinos (64 leyes), la comunidad LGTBI (no se encuentra por este término, por diversidad hay 108 leyes), los discapacitados (11 leyes), los disminuidos (42 leyes), la invalidez (137 leyes), los que padecen de una enfermedad grave o ruinosa (67 leyes),

los mendigos (14 leyes), los indigentes (23 leyes), los habitantes de calle (1 ley), los damnificados (49 leyes), los desplazados (51 leyes), los torturados, secuestrados o desaparecidos (116 leyes), los refugiados (31 leyes), los extranjeros (413 leyes) y los inmigrantes (20 leyes).

En cambio, en la jurisprudencia —como se expresó anteriormente— se encuadran dichos sujetos mediante la denominación genérica de “sujetos de especial protección” y, a partir de esta categoría, se ha logrado establecer retroactivamente un registro de más de 1.916 pronunciamientos de tutela, constitucionalidad y sentencias de unificación entre 1992 y 2017, en los cuales la Corte Constitucional ha desarrollado algún aspecto particular de estos, al establecerles una especie de protección reforzada.

A partir de esta doctrina constitucional, los sujetos de especial protección pueden definirse<sup>1</sup> como aquellos individuos que, por sus condiciones de pobreza, marginalidad, precariedad económica, circunstancias físicas o psicológicas, o su calidad de víctima de la violencia generalizada o de discriminación social, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, inferioridad e injusticia extrema, y requieren la máxima protección del Estado y la sociedad para la garantía y el refuerzo, principalmente, de sus derechos humanos y fundamentales, e incluso de sus derechos prestacionales o asistenciales de segunda y tercera generación constitucional.

Una lectura de estas fuentes permite afirmar que, en esta categoría, están los sujetos cuya población es estigmatizada socialmente con un estatus de inferioridad que los hace desaventajados y vulnerables a la segregación, la exclusión social, la violación de sus prerrogativas y la privación injusta de su igualdad, libertad y solidaridad y, en general, que les niega la posibilidad de gozar en idénticas condiciones de los mismos derechos.

Esta condición o estatus de sujetos de especial protección ha sido fruto de esa clasificación de la población entre sujetos aventajados y desaventajados, entre protegidos y especialmente protegidos; este último grupo se ha formado a partir de la identificación de diversas razones que oprimen a sus

<sup>1</sup> Al respecto, se puede destacar la Corte Constitucional colombiana con el magistrado ponente Alexei Egor Julio Estrada (Sentencia T-925, 2012).

miembros: de carácter natural (como la edad, el sexo, la raza, la etnia, las condiciones físicas o psicológicas) o de carácter social (como las condiciones económicas, el trabajo, el desempleo, la pobreza, el territorio, la pertenencia a un grupo social o político determinado, la diversidad, el orden público de una localidad, los hechos naturales irresistibles, la nacionalidad, la situación jurídica y las injusticias históricas).

En consecuencia, esta clasificación ha dado lugar a la creación de una identidad colectiva particular entre ellos, que resulta de la generación de subgrupos conformados a partir de una razón identitaria que los hace comunes o más afines en esa categoría genérica de la especial protección. Desde allí, se ha podido establecer una estructura de estos sujetos y grupos identificados como de especial protección en cinco categorías:

Entre ellos se encuentran: 1) En el grupo por sus circunstancias físicas, 1.1) en razón de la edad: los niños, [las] niñas y [los] adolescentes, [las] juventudes, [el] adulto mayor y [la] tercera edad; 1.2) en virtud de alguna limitación física: las personas con una discapacidad física o capacidades diferentes. 2) En el grupo por sus condiciones psicológicas: las personas con alguna limitación mental o capacidades diferentes. 3) En el grupo de las víctimas de violencia generalizada: los desplazados, torturados, secuestrados, desaparecidos, refugiados, exiliados, líderes políticos y miembros de partidos políticos, periodistas y habitantes en zonas con problemas de orden público; 4) en el grupo de los sujetos tradicionalmente discriminados, por el sexo: las mujeres, madres cabeza de familia, mujeres en estado de embarazo; por la etnia o raza: [los] indígenas, [los] gitanos, [las] negritudes, [los] afrocolombianos, [los] raizales, [los] palenqueros; por el lenguaje: las minorías lingüísticas; por orientación sexual: los LGTBIQ; por la nacionalidad: extranjeros, inmigrantes y migrantes colombianos; por el estado de salud: los que padecen una enfermedad grave, incurable o ruinosa y los incapacitados; por la orientación religiosa: las minorías religiosas; por la situación jurídica: las personas privadas de la libertad; por la calidad de trabajador: según el tipo de empleo y 5) en el grupo de los sujetos en condiciones de pobreza, inferioridad, subordinación, dependencia, marginalidad, territorio y precariedad económicas están los pobres, consumidores, trabajadores, desempleados, campesinos, habitantes de calle y los damnificados (Peláez-Grisales, 2015: 136).

Una lectura de este mapa permite visualizar la complejidad del derecho a la especial protección, empezando por la diversidad de los sujetos de dichos grupos, sus variadas circunstancias, la posibilidad de que un sujeto pertenezca a varios de estos grupos y, en consecuencia, la urgente necesidad de revisar, en su conjunto, críticamente, el modelo de reconocimiento de la especial protección adoptado por el Estado para la garantía de su igualdad material.

Este escenario es el punto de partida desde el cual se identifican los sujetos especiales en Colombia y constituye un esbozo del contexto general que introduce el tema del derecho a la especial protección.

## Una aproximación teórica sobre la doble mirada al derecho de la especial protección

Ese marco complejo del derecho a la especial protección plantea la necesidad de cuestionar la pertinencia de esta categoría en los distintos ordenamientos jurídicos como instrumento legal y justo para corregir el tratamiento indebido y las desventajas que sufren ciertos sujetos y grupos en las sociedades contemporáneas. El interrogante parte de la premisa de que la especial protección tiene un significado ambivalente<sup>2</sup>, no reconocido aún y no tratado en el campo del derecho. Es decir, este no tiene un significado unívoco y debe ser examinado en sus diferentes dimensiones desde su sentido positivo y negativo para exponer las distintas tensiones que alberga.

En un primer sentido, puede ser concebido como un dispositivo jurídico que permite: 1) revelar situaciones reales de injusticia, 2) conceder medidas prestacionales, tradicionalmente adeudadas por el Estado y la sociedad y 3) ser un instrumento por el cual se reconocen las diferencias y desigualdades existentes entre los sujetos del derecho y la pertenencia a ciertos grupos desaventajados de la sociedad con el fin de implementar acciones afirmati-

<sup>2</sup> Esta tesis es ampliada en el artículo “El significado ambivalente del reconocimiento del Derecho a la Especial Protección” (Peláez-Grisales, 2017).

vas para la igualación de sus derechos<sup>3</sup> y 4) avanzar en la solución justa de los conflictos sociales y en el desarrollo moral de la sociedad, como lo diría Honneth (1992) en su teoría del reconocimiento<sup>4</sup>.

En este sentido positivo se inscriben también el tratadista Roberto Gargarella y algunos profesores de la Universidad de Yale<sup>5</sup>, quienes apuestan por defender esta categoría jurídica que ellos denominan “grupos desaventajados” y, a partir de su reconocimiento en un orden establecido, vislumbran la tesis de la necesidad de reformar el derecho, vale decir:

[...] para poder hacer frente a una realidad antes inexistente o ignorada: una realidad que nos dice que dentro de nuestra sociedad existen grupos (esto es las mujeres; las minorías étnicas; los menores de edad), que no reciben el “debido trato que merecen”; en consecuencia, esta categoría en sentido positivo permite introducir los cambios jurídicos necesarios para asegurar un “trato justo”, también, a los sectores (hoy) más desaventajados dentro de la sociedad (Gargarella, 1999: 12).

Al respecto, también Axel Honneth y Nancy Fraser pueden ser ubicados en esta línea, pues estos apelan a defender el sentido positivo del reconocimiento del derecho a la especial protección en la medida que en sus distintas teorías proponen tutelar el reconocimiento de los sujetos y grupos desaventajados de la sociedad como forma de resolver las injusticias sociales. No obstante, ambos tratadistas sostienen diferentes perspectivas para argumentar ese sentido afirmativo de la especial protección.

<sup>3</sup> En este sentido, el ordenamiento constitucional colombiano promulga el significado positivo de la especial protección, lo cual puede ser contrastado con sus normas constitucionales, especialmente el artículo 13 superior y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y desconoce el sentido negativo de la misma.

<sup>4</sup> El tratamiento de los sujetos y grupos de especial protección es un problema de reconocimiento fundado en una lucha moral por la inclusión de aquellos que han sido injustamente excluidos de las estructuras sociales y en la medida en que se dé una solución justa a este problema se puede avanzar hacia el desarrollo moral de la sociedad (Honneth, 1992: 8).

<sup>5</sup> Entre ellos, Akhil Reed Amar, Drew S. Days, Owen M. Fiss, Peter H. Schuck, Reva B. Siegel, Robert A. Burt y Vicki Schultz (Gargarella, 1999).

Honneth (1992) plantea que en la sociedad existe un conflicto social que no es más que la lucha por el reconocimiento, una lucha moral que no debe llevar a una “balcanización”, en tanto que es una lucha por la vida buena en la que se busca un reconocimiento recíproco, es decir, a partir de ese derecho a la especial protección lo que se busca es resolver ese problema social de reconocimiento que implica el reconocer al otro en su totalidad, individualidad y diferencia. En este sentido, plantea precisamente que estamos frente a esa lucha en la que se desconoce a ciertos sujetos y grupos sociales y que, en últimas, lo que se debe evitar es un modelo de reconocimiento que atente contra esa totalidad del individuo, puesto que esto impediría avanzar hacia el desarrollo moral de la sociedad. Por consiguiente, su propuesta apunta a que el reconocimiento de los sujetos y grupos de especial protección constituya una medida positiva para saldar esa lucha social.

Fraser, en cambio, va más allá de esta perspectiva unidimensional de concebir el conflicto social de los desaventajados a partir del mero reconocimiento de dichos sujetos y grupos, es decir, advierte la necesidad de acoger una perspectiva bidimensional, no solo basada en el reconocimiento de la diferencia de estos sujetos y grupos, en el que su integración a la mayoría o las normas culturales dominantes no sean el precio de un respeto igual, sino también en una redistribución justa de los recursos y la riqueza a favor de estos (Fraser y Honneth, 2003). Para Fraser, es en tal sentido que debe ser interpretado el significado positivo de la especial protección, en tanto que a través de ella se apele a resolver en estos sujetos las injusticias culturales de estatus y las injusticias de clase social.

Ahora bien, este grupo de estudiosos es consciente de las innumerables objeciones teóricas y prácticas a estas perspectivas positivas del derecho a la especial protección, entre las que se destacan aquellas que señala Roberto Gargarella:

[...] las políticas preferenciales violentan [...] el principio según el cual nadie debe ser tratado peor a partir de circunstancias que no están bajo su propio control; el principio de la distribución de los costos y beneficios sociales conforme con los méritos de cada uno y, además, resulta difícil justificar por qué se pretende dar una ayuda especial a ciertos grupos (desfavorecidos) y no a otros (1999: 23-24).

A partir de allí, el sentido positivo de la especial protección empieza a difuminarse: de un lado, mediante argumentos e intereses de corte individualista que, en últimas, dejan claro que esta perspectiva no es ajena a cuestionamientos, especialmente de los sectores que tradicionalmente han ocupado una mejor posición en la sociedad o, como diría Gargarella, que han gozado de un “debido trato” y se oponen al cambio social por temor a perder o ver menguada esa posición privilegiada. De otro lado, paradójicamente, este significado positivo también parece perderse a la vista de algunos de los sujetos y grupos que apuesta por defender, pues hay quienes no están de acuerdo con recibir este tratamiento del Estado (de ser sujetos de especial protección y ser reconocidos como tales) por distintas razones, entre las cuales se pueden citar el temor al peligro de ser reestigmatizados con esta categoría; el hecho de universalizar o generalizar los intereses de los sujetos en unos grupos determinados, sacrificando y discriminando entre ellos unos a favor de otros y, en consecuencia, impidiendo la identificación de unos sujetos con las identidades colectivas establecidas o naturalizadas para los grupos; y por conducir al fraccionamiento de estos y sus luchas sociales, lo que produce aquello que Gargarella llama “balcanización” de la sociedad: una multitud de sujetos y grupos enfrentados entre sí (1999: 25).

En este orden de ideas se halla el segundo sentido de la especial protección, es decir, en su concepción negativa mediante la cual este objeto jurídico del derecho en mención puede ser entendido como una herramienta jurídica discursiva<sup>6</sup>: en primer lugar, cuando contribuye con el reconocimiento negativo y la clasificación de los sujetos y grupos sociales por estatus y clases, entre sujetos normales y sujetos especiales, o, lo que es lo mismo, entre sujetos con derechos plenos y sujetos con derechos incompletos, sin que se produzcan cambios favorables y significativos que tiendan a ampliar<sup>7</sup> de

<sup>6</sup> William Twining advierte que la regla de derecho se encuentra limitada por los cambios sociales en respuesta a las presiones políticas reales, pero al tiempo da la impresión de ser estable y fiel a los precedentes. Es decir, una regla de derecho como la de la especial protección puede ser bien establecida como una regla formal que pretende dar la idea de causar cambios a favor de los más desaventajados de la sociedad, pero que en la práctica nada cambia su realidad (2003: 83).

<sup>7</sup> Cuando se hace referencia a ampliar los derechos, se refiere a ensanchar aquellos que se encuentran restringidos o negados injustamente en relación con

manera justa los derechos de los denominados “sujetos y grupos de especial protección”, lo que los vuelve más susceptibles al menosprecio social por designarlos en esa categoría que los identifica como sujetos incapaces de ser titulares de derechos plenos.

En segundo lugar, cuando sirve como un instrumento jurídico mediante el cual se prometen unos mejores derechos, unos derechos especiales de mayor protección, inalcanzables, que venden la idea del reino prometido de los cielos, esto es, detrás de la noción de los sujetos y grupos de especial protección existe un fundamento ontológico de la teología medieval, como lo destaca Hans Lindahl (2007) al referenciar a Schmitt<sup>8</sup>, según el cual los sujetos más desaventajados en la tierra tienen el derecho a tener un lugar más privilegiado, con unos derechos especiales que parecen estar condicionados a su disfrute en el reino de los cielos y no aquí.

Así también Fraser, aunque defiende el sentido positivo del derecho a la especial protección como forma de reconocimiento de las subjetividades menospreciadas, no desconoce su sentido negativo cuando el reconocimiento supone la integración de los grupos a la mayoría o a sus normas culturales dominantes, pero además cuando ese derecho no implica la redistribución justa de los recursos y se queda en el mero reconocimiento (Fraser y Honneth, 2003).

Iris Marion Young (2003), por su parte, tampoco desconoce uno y otro sentido de la especial protección; por un lado, admite su sentido positivo cuando afirma que la justicia social requiere instituciones como estas, que promuevan la reproducción y el respeto de las diferencias de grupo sin opresión,

aquellos sujetos de la sociedad que reciben un “trato debido” y no a la pretensión de tener más y mejores derechos que otros.

<sup>8</sup> Hans Lindahl le da la razón a Schmitt cuando afirma que la relación moderna entre poder constituyente y poder constituido es impensable sin la teología medieval. En este pasaje, Lindahl (2007) sustenta que la idea de la autoconstitución de un sistema de gobierno se basa en una ontología de la identidad colectiva que en la democracia seculariza la trascendencia de Dios en la tierra, es decir, en la identidad del gobernante y los gobernados; las personas, en su relación con el ordenamiento jurídico, se hacen cargo de la posición de Dios y es en esa relación que la concepción de la especial protección parece volverse discursiva o al menos ideal.

esto es, siempre que combatan expresamente la explotación, la marginación, la carencia de poder, el imperialismo cultural y la violencia sistemática, frente a lo cual una perspectiva unidimensional, económica o cultural, no es suficiente para solucionar el problema de igualdad de los sujetos y grupos desaventajados de la sociedad (p. 84). Pero, por otro lado, advierte, como Fraser, su sentido negativo cuando esa especial protección sirve como medio de reproducción del imperialismo cultural, a partir del cual “los rasgos dominantes de la sociedad vuelven invisible la perspectiva particular de los grupos diferentes y los estereotipan y los señalan como los otros” (p. 103).

De este modo, con estos dos polos opuestos del derecho a la especial protección no puede ser aceptada la idea de una concepción unívoca, estructurada, apolítica, coherente, benéfica y justa, en su sentido plenamente positivo y tampoco en su acepción plenamente negativa, como un medio discursivo utilizado para la exclusión, la dominación y la subordinación permanente de unos sujetos respecto a otros. Sin embargo, particularmente en contextos de desconocimiento generalizado de derechos, es necesario tener presentes ambos sentidos en juego.

Con ello se quiere decir que el significado de la regla de derecho<sup>9</sup> de la especial protección de los sujetos y grupos es una regla imperfecta y contradictoria, es decir, adolece de los límites de toda regla de derecho que inciden en el contenido de esta acepción; como lo sostiene William Twining, se enfrenta a una dicotomía entre teoría y práctica, donde el mayor límite se encuentra en el problema de la abstracción<sup>10</sup> (2003: 27).

<sup>9</sup> Entendida como una regla invocada del *rule of law*, adolece de los mismos vicios y las críticas que se le plantean a esta regla. El Estado de derecho es un régimen insuficiente de normas formales, sus reglas son incompletas, inconsistentes y ambiguas, y a esto no escapa el derecho a la especial protección (Rajagopal, 2008).

<sup>10</sup> El significado de la categoría jurídica de la especial protección está limitado por las circunstancias sociales, culturales y políticas de un contexto determinado, por las prácticas predominantes de una teoría jurídica y posiciones hegemónicas, así como por las prácticas de resistencia y por los contextos de producción y recepción de discursos teóricos transnacionales (Twining, 2003: 28-29). En este sentido, tiene razón Axel Honneth cuando señala que el reconocimiento recíproco de ese otro considerado de especial protección depende del desarrollo moral de cada sociedad. El significado positivo o negativo de esta figura se

Este problema hace que la regla de los sujetos y grupos de especial protección tenga un núcleo blando o flexible que impide pretender hallar un significado unívoco positivo o negativo sobre este derecho. Así, pues, resulta difícil decir con certeza qué es ser un sujeto y grupo de especial protección, quiénes entran en esta categoría, cuál es la justificación para ello, quiénes tienen la autoridad para hacer tal designación, qué prerrogativas o consecuencias se derivan de allí y qué coherencia existe entre el significado teórico y práctico.

En la misma línea de Twining, Balakrishnan Rajagopal ha puesto en tela de juicio la pretendida ilusión de una regla de derecho como una herramienta técnica, legal y apolítica o con un sentido plenamente determinado; en su lugar, advierte que dicha regla esconde muchas contradicciones entre las diferentes agendas políticas<sup>11</sup>. Esto se entiende como una objeción a la idea de un significado claro respecto a la regla de derecho de los sujetos y grupos de especial protección<sup>12</sup> (Rajagopal, 2008).

Ahora bien, pese a esa naturaleza contradictoria y al sentido ambivalente del significado de esta institución jurídica que no brinda seguridades como lo pretende vender el derecho moderno, vale la pena no caer tampoco en el extremo del sentido negativo de este derecho, pues no se deben desconocer los argumentos a favor del sentido positivo de la figura y los que se agregan con Gargarella:

entiende mejor como un concepto en pugna en lo local, pero permeado por un momento de globalización del derecho que lo complejiza.

<sup>11</sup> Rajagopal, con razón, señala que la regla de derecho está limitada por el contexto histórico y político, en el cual los distintos discursos jurídicos han tenido diferentes orígenes, significados, relaciones, intereses y transformaciones. En este sentido, el significado del objeto jurídico de la especial protección en Colombia debe ser concebido a partir del contenido complejo de distintos discursos y cambios en los que el ordenamiento jurídico estatal formal es solo uno de muchos órdenes jurídicos coexistentes (Rajagopal, 2008).

<sup>12</sup> Así también, Brian Tamanaha (2008) muestra que el significado de la regla de derecho está siempre permeado por los aspectos políticos y económicos del modelo liberal que se imponen, haciendo que las normas económicas se superpongan sobre otros valores para controlar el mundo, lo que hace que la concepción de la llamada “especial protección” no deje de estar determinada por este límite y que no pueda concebirse de manera ingenua en su sentido meramente positivo.



Primero, que la mayoría de constituciones modernas no parecen negar la posibilidad de establecer políticas especiales a favor de grupos desaventajados, segundo, que el objetivo que se pretende defender no es constitucionalmente impermisible, además parece ser un objetivo valioso y urgente desde el punto de vista constitucional: contribuir a que ningún [sujeto y] grupo resulte arbitrariamente desaventajado [o conserve su situación tradicional de desventaja], porque lo que es cierto es que existen infinidad de grupos hipotéticamente necesitados de un “apoyo social especial” que requieren una atención prioritaria (1999: 25-26).

Lo anterior quiere decir que esta categoría debe ser analizada en toda su complejidad como una herramienta política en permanente construcción y disputa, que debe ser interpretada en sus distintas dimensiones, facetas y bifurcaciones; muchas veces, de forma contradictoria, para descifrar el significado real de la especial protección en cada caso y medir sus implicaciones positivas y negativas. Esto es, su contenido y alcance debe mirarse en cada contexto desde lo local sin obviar la incidencia global, las variaciones y pugnas políticas que hay detrás de ella. De esta manera, la incertidumbre y las contradicciones en el significado y la admisibilidad de este objeto jurídico del derecho a la especial protección en un ordenamiento establecido están siempre presentes en su concepción analítica, en el uso que se les da por parte de los actores del derecho y en la aceptación o recepción que la sociedad y los sujetos “especiales” hacen de este.

Lo anterior conlleva afirmar que el problema de la significación de la especial protección se encuentra ineludiblemente atado a una cuestión de política de los derechos y a la relación divergente existente entre una pluralidad de órdenes normativos<sup>13</sup>, en medio de los cuales la concepción de esta categoría puede ser entendida, de hecho, en diferentes sentidos.

<sup>13</sup> El orden dominante del derecho estatal y los demás órdenes no estatales, como los que se producen en las prácticas sociales.

## La otra cara del derecho a la especial protección en Colombia

En Colombia, el “derecho a la especial protección”, como se mencionó al principio, fue consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política a favor de los sujetos y grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta, y se adoptó como un remedio constitucional para corregir sus desigualdades materiales en el orden jurídico y social. Expresamente, el texto constitucional señala: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (Colombia, 1991, Constitución Política)<sup>14</sup>.

Este postulado esconde un problema de fondo: este derecho, más que operar como una prerrogativa real y cierta para promover una igualdad material, alimenta una apariencia o ficción jurídica que promete cambios para que nada cambie, es decir, constituye una estrategia de dominación que más que eliminar las desigualdades y reivindicar derechos, reproduce el orden establecido y la regla de la desigualdad y la injusticia<sup>15</sup>.

Esta situación se puede ver después de 23 años de haber aparecido este artículo en la Constitución, pese al cual se mantienen las estructuras de estatus y clase social. Esto se evidencia de manera más palmaria en la lucha permanente que tienen que dar los sujetos para reclamarle al Estado una especial protección que, más que modificar su estatus o clase social, proporciona paliativos mínimos e insuficientes que satisfacen prestaciones individuales de carácter secundario y de contenidos muy diversos. Esto puede verse en

<sup>14</sup> Este es un derecho especialísimo derivado del derecho a la igualdad, ubicado en el inciso 1.º y 2.º de ese artículo 13.

<sup>15</sup> Así se demuestra en “Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia” (Peláez-Grisales, 2015).

las más de 1.916 demandas de especial protección que entre 1992 y 2017 constituyen el conjunto de decisiones que ha tomado la Corte Constitucional colombiana<sup>16</sup> en la materia, entre las cuales se destacan 9 sentencias de unificación, 117 sentencias de constitucionalidad, 1.635 sentencias de tutela y 155 autos constitucionales. No obstante, esto es tan solo una muestra muy pequeña de las batallas que a nivel judicial y en instancias judiciales inferiores están dando los sujetos y grupos de especial protección para su supervivencia en condiciones mínimas de existencia.

Así, en el orden jurídico colombiano, a través de un nuevo ropaje llamado “especial protección”, se reafirma la situación histórica estructurada y estructurante de esta sociedad que caracteriza, clasifica y ubica a algunos sujetos en un campo social privilegiado y a otros en un lugar desaventajado, lo que perpetúa su conflicto social que se manifiesta en la reproducción de las desiguales históricas e injustamente establecidas<sup>17</sup>.

En la práctica, este “derecho” establecido para “adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados [...] y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” presenta diferentes dificultades que hacen de este un “derecho” problemático. De un lado, en principio ese derecho estipuló de manera muy genérica tres grandes campos en medio de los cuales debía entrar a operar esta prerrogativa y a la vez demarcó tres grandes titulares cuando se trata de sujetos y grupos: 1) discriminados, 2) marginados y 3) en circunstancias de debilidad manifiesta en razón a su condición económica, física o mental.

<sup>16</sup> Disponibles en: <http://www.lexbase.com>.

<sup>17</sup> En este sentido, con las particulares diferencias de los contextos entre el colombiano y el francés, parece acertada la tesis de Pierre Bourdieu (2011) cuando sostiene que existen unas estrategias y modos de reproducción del orden social que garantizan su *statu quo* y, en consecuencia, el orden de dominación de unos sujetos y grupos sobre otros. En el caso colombiano, el derecho a la especial protección debe ser cuestionado como una estrategia de dominación que, más que proteger, busca controlar a los sujetos y grupos desfavorecidos y garantizar la vigencia del orden social establecido.

Luego de esa enunciación tan general y abstracta, se dispone, en sentido contrario, el reconocimiento expreso de unos sujetos y grupos concretos en los siguientes artículos constitucionales: el 42 se refiere a los hijos nacidos fuera del matrimonio; el 43 a las mujeres, al que está por nacer, a la mujer en embarazo y a la mujer cabeza de familia; el 44 a los niños y niñas; el 45 a los adolescentes; el 46 a las personas de la tercera edad; el 47 a los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos; el 49 a las personas enfermas; el 50 a todo niño menor de un año; el 51 al trabajador, a la mujer en período de maternidad, al trabajador menor de edad y a los minusválidos; el 65 al productor de alimentos y el 73 al periodista. Ahora bien, en esta lista solo están aquellos sujetos o grupos frente a los cuales la Constitución dice particular y expresamente que se protegerían de manera especial. No obstante, faltan otros sujetos y grupos concretos que también merecerían una especial protección y, en consecuencia, aunque no contaron con una norma específica a su favor, quedaron aparentemente contenidos en la cláusula genérica del artículo 13. De ahí que, con vistas a una discriminación más precisa para tratar de manera concreta a estos sujetos y grupos de especial protección —de acuerdo con sus particulares circunstancias y con el reconocimiento expreso que sobre ellos ha hecho la Corte Constitucional colombiana—, se haya aportado la clasificación citada al inicio.

En este sentido, pese al reconocimiento especial de estos sujetos y grupos, esta disposición jurídica ha sido tachada de estar vacía de contenido o de tener un contenido mínimo que no va más allá de la manifestación expresa (del querer genérico del constituyente primario) de cerrar la brecha de la desigualdad de los débiles en el orden social<sup>18</sup> por medio de la fórmula de una supuesta protección a su favor.

En este punto se apuesta más por la segunda idea, es decir, por que el derecho a la especial protección sí tiene un contenido mínimo que no es más que el reconocimiento de ciertos sujetos y grupos genéricos y específicos que tienen un lugar en el orden social y a quienes se les habilita formalmente para la lucha por la igualación de sus derechos. Este derecho reco-

<sup>18</sup> Este núcleo esencial genérico del derecho a la especial protección es tomado de la revisión de las gacetas constitucionales de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, el cual está presente en el centro de la discusión de la mayoría de las actas que van desde la número 2 hasta la 137.

noce la injusticia de la existencia de ciertas identidades despreciadas y subordinadas en la sociedad. Valga decir, tiene un contenido identitario que revela que, en el orden social colombiano, hay una pluralidad y diversidad de sujetos y grupos que en razón de estas identidades son desvalorados y, por consiguiente, se propone un deber ser de corregir estas situaciones de injusticia social que impiden afirmar, de tajo, que este es un derecho vacío de contenido. Cosa contraria es el hecho de que este reconocimiento no comprenda prestaciones ni prerrogativas ciertas, expresas y exigibles, sino una mera enunciación constitucional de protección especial sometida en adelante al vaivén de las definiciones de orden legal y reglamentario y a la interpretación de los jueces y demás operadores jurídicos en el continuo de esa lógica del sistema de controlar la lucha por los derechos de estos sujetos.

En otros términos, este derecho surge en el orden jurídico, desde el inicio, sin obligaciones correlativas específicas, como una cláusula constitucional abierta en desarrollo y en constante construcción, muy prometedora en lo formal, pero muy limitada y subordinada al mismo tiempo a las tensiones de la práctica social y jurídica, que se mueve por el terreno de la contradicción<sup>19</sup>. Por un lado, en dirección hacia la más protectora de todas las normas y, por otro, hacia la más ilusoria y engañosa de ellas, o bien entre las meras expectativas y las realidades concretas.

Ahora, ese contenido mínimo de la especial protección, del cual se generan ciertas expectativas, no es más que un reconocimiento expreso de ciertas identidades de grupo diferenciadoras frente al grupo socialmente dominante, que les promete una mayor protección, pero es incierto sobre las reivindicaciones de estatus y clase<sup>20</sup> necesarias para avanzar en el ámbito de la igualación material entre los sujetos y grupos de la sociedad colombiana.

<sup>19</sup> Colombia no es ajena a esa contradicción en la que el derecho a la especial protección suele manifestarse en sus dos sentidos opuestos: en un sentido positivo y en un sentido negativo, tal y como se afirmó con Gargarella, Reed Amar, Days, Fiss, Schuck, Siegel, Burt y Schultz (Gargarella, 1999), Honneth (1992), Fraser (Fraser y Honneth, 2003) e Young (2000).

<sup>20</sup> No hay duda de que este es un presupuesto o un punto de partida del derecho a la especial protección. Esta perspectiva dual, que implica modificaciones culturales y económicas al mismo tiempo para cada uno de los sujetos y grupos de especial protección, es apoyada en las posturas teóricas de Fraser (2003),

De otro lado, esa especial protección tiene una naturaleza jurídica constitucional atípica, en tanto constituye un derecho complejo que no está consagrado en una sola norma, sino en diferentes partes del texto constitucional, conformado por normas de distinta naturaleza, tanto de carácter fundamental como de carácter económico, social y cultural, que lo hacen, al mismo tiempo, un derecho fundamental y un derecho económico, social y cultural<sup>21</sup> (a pesar de que la Corte Constitucional colombiana, a partir de la teoría de la conexidad, haga primar el carácter fundamental de estas normas).

Esto es, como bien lo afirman Cortés-Nieto *et al.* (2007), en su jurisprudencia la corporación sostiene que los derechos de especial protección establecidos en los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos fundamentales por estar en este catálogo de derechos, sino por derivarse del derecho fundamental a la igualdad —en el sentido de trato diferenciado—, con lo cual se adopta el criterio de la conexidad. Al respecto, pueden verse las sentencias C-740 de 1997, SU 062 de 1999 y T-585 de 2006, en las que se aplica este criterio (Cortés, 2007). En este sentido, la Corte, a partir de su Sentencia T-491 de 1992, mantiene la siguiente tesis:

La fundamentalidad de un derecho constitucional no depende solamente de la naturaleza del derecho, sino también de las circunstancias del caso. [...]. Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no sien-

Young (2000) y Bourdieu (2011). En Colombia, se observa más una perspectiva unidimensional donde, con este derecho, se postula el respeto de su diferencia; sin embargo, este es un reconocimiento imperfecto porque, por un lado, se reconoce la identidad colectiva de manera subordinada a los intereses de la colectividad en general, y, por otro, no garantiza reivindicaciones económicas reales, aunque en algunos casos excepcionalmente se reconozcan subsidios irrisorios para algunas circunstancias, lo que resulta sumamente insuficiente para cambiar las situaciones de desventaja de dichos sujetos y grupos.

<sup>21</sup> Este derecho, como antes se dejó ver, está compuesto por un derecho fundamental de base que es el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13, que pertenece al capítulo 1 de los derechos fundamentales y por los derechos económicos, sociales y culturales complementarios consagrados en el capítulo 2, en los artículos 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 65, y en el 73 de la Constitución Política de Colombia, cada uno de ellos se refiere a alguno de los denominados sujetos y grupos de especial protección.

do denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos (Sentencia T-491, 1992: 4).

En virtud de esta estructura híbrida, el derecho a la especial protección entra a operar en el campo jurídico como un “derecho imperfecto” que, la mayoría de las veces, más que prerrogativas, obligaciones o deberes particulares de exigibilidad inmediata, provee meras directrices, políticas o aspiraciones que “orientan” el orden social, político y jurídico, lo que deja a la liberalidad del Estado y de la sociedad su reconocimiento y las reivindicaciones de derechos concretos que demanda cada sujeto o grupo de especial protección; es decir, en la práctica se superpone el carácter económico, social y cultural de la especial protección sobre su carácter de derecho fundamental.

De este modo, la estructura jurídica captura ese carácter fundamental del derecho a la especial protección y lo inserta entre los derechos económicos, sociales y culturales como estrategia del Estado de reproducción del orden establecido, a partir de la administración de este tipo de derechos que, en principio, tienen un mayor grado de abstracción, carácter programático y carecen de acciones judiciales para su exigibilidad, lo que conlleva que los sujetos y grupos de especial protección acepten de forma incondicionada las disposiciones que, por medio de las políticas públicas, dispongan las instituciones estatales en su nombre.

Ahora bien, excepcionalmente, en razón de la teoría de la conexidad con los derechos fundamentales, estas demandas adquieren el carácter de fundamentales y pueden ser protegidas mediante las acciones establecidas para estos derechos, como la acción de *habeas corpus* y la acción de tutela, pero de nuevo debe advertirse que estos sujetos y grupos se enfrentan a la opresión del orden dominante establecido, ya que por estos medios solo se permiten reivindicaciones muy restrictivas de sus derechos, dado que, de manera especial, se pone freno a las pretensiones económicas.

De esta forma, la acción de tutela opera en Colombia como el recurso “principal” para la defensa de los sujetos y grupos de especial protección y de los contenidos que se desprenden y reclaman en la jurisdicción constitucional,

y constituye el medio recurrente en la práctica para apelar a la especial protección conforme con el artículo 86 de la Constitución, los decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 1382 de 2000 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Sin embargo, cabe resaltar que la procedencia de estas acciones no es ajena a la discusión de la “fundamentalidad” o no de los contenidos constitucionales de la especial protección, así como a la discusión de si sus reivindicaciones de protección especial son derechos ciertos o medidas programáticas. En vista de esta incertidumbre del derecho a la especial protección y sus circunstancias objeto de protección en cada caso, no es posible afirmar con plena seguridad que la acción de tutela sea procedente para todos los casos de los sujetos y grupos de especial protección: tan solo es una vía incierta y sometida a prueba en la que se tienen que dar las batallas judiciales para luchar por el reconocimiento de los derechos que se desprenden de tal calidad.

En consecuencia, si bien el derecho de la especial protección fue objeto de consagración expresa en diferentes artículos constitucionales, este solo dispuso contenidos mínimos de reconocimiento de algunas subjetividades despreciadas, pero los contenidos gruesos de correcciones de injusticias siguen siendo objeto de luchas sociales. De allí que tenga razón Young cuando afirma que las sociedades capitalistas avanzadas de nuestros días han reconocido, en principio, las injusticias frente a los sujetos y grupos despreciados, “[...] proporcionando subsidios y servicios sociales. [pero] la continuidad de este estado de bienestar no está en absoluto asegurada, y en la mayor parte de las sociedades en las que existe un estado de bienestar [...] las redistribuciones de bienestar no eliminan el sufrimiento y las privaciones”. (2003: 95-96)

Es decir, para Young,

hoy en día la privación de iguales derechos de ciudadanía que padecen las personas dependientes está levemente escondida bajo la superficie. Dado que dependen de instituciones burocráticas que les faciliten apoyo o servicios [...], están sujetas a un tratamiento paternalista, punitivo, degradante y arbitrario por parte de la gente y las políticas asociadas a las burocracias del bienestar. Ser dependiente en nuestra sociedad implica estar legítimamente sujeta a la frecuentemente arbitraria e invasiva autoridad de quienes suministran servicios sociales, y de otros administradores públicos y privados que aplican reglas que la persona marginal debe acatar, ejerciendo además poder sobre sus condiciones de vida (2003: 95-96).

Colombia no es ajena a la adopción de este modelo de reconocimiento que, a través del derecho a la especial protección, genera nuevas formas de dependencia y subordinación que producen nuevas condiciones de injusticia. Los sujetos y grupos aquí se enfrentan injustamente a un orden que, de manera permanente, prorroga sus derechos especiales con paliativos genéricos irrisorios y con desbordantes órdenes de acciones de tutela que operan como recurso judicial insuficiente, en tanto que por este medio son improcedentes las reivindicaciones de carácter económico y en todo caso las de carácter cultural que son apenas tenidas en cuenta a la luz de la cultura tradicional dominante que ha estructurado y estructura la sociedad conforme con sus *habitus*.

Bajo este contexto general, Colombia está en mora de responder a esta pregunta: ¿en qué medida este derecho produce modificaciones reales en beneficio de los sujetos y grupos de especial protección en los campos del orden social colombiano tanto en el orden económico, cultural y simbólico? O, por el contrario, ¿debería admitir que este instrumento le sirve para reproducir su situación de subordinación y, en consecuencia, para mantener el orden de dominación establecido?

Por lo pronto, hoy el estado de esta cuestión solo permite plantear la hipótesis de que este derecho no contribuye a cerrar la brecha social de la desigualdad, sino que más bien produce los efectos contrarios; es decir, conduce a la división de la sociedad en dos campos: el de los sujetos en situación de normalidad —que corresponde al campo de los incluidos y privilegiados, cuyos derechos funcionan en el orden social— y el de los sujetos en situación de anormalidad —que son los que componen el campo de los especialmente protegidos o en desventaja, cuyos derechos se plantean como meras promesas de un trato especial y un reforzamiento de su protección jurídica que los subordina a la dependencia del Estado y los ubica en el campo de los sujetos incapaces y excluidos en el orden social<sup>22</sup>—.

<sup>22</sup> Esta hipótesis puede encajar también en la noción del orden social que Bourdieu (1979) describía en su obra *La distinción*, haciendo referencia al contexto francés, en la cual sostiene que ese orden social está estructurado entre los sujetos y grupos que se diferencian por los gustos de lo distinguido y lo vulgar, cuya clasificación y jerarquía del orden está determinada por el capital económico, cultural y simbólico que habitualmente tienen unos y otros y que hace que ambos ocupen ciertos lugares establecidos en el orden social y estén llamados

No obstante, este problema ha llevado a una lucha individual y colectiva de estos últimos, dirigida a la búsqueda de las justicias de reconocimiento y redistribución que garanticen verdaderos procesos de igualdad e inclusión.

En esa lucha, la realidad social de los agentes y la pluralidad de los mismos en Colombia rebasa las disposiciones jurídicas de la especial protección que intentan sintetizar y uniformar a los sujetos y grupos en ciertas categorías genéricas asociadas a necesidades también generales, impersonales y abstractas de una especial protección,<sup>23</sup> por lo cual se deben ampliar los reconocimientos y la respuesta a las necesidades concretas, sin desconocer la identidad común o la interseccionalidad entre los grupos y sin olvidar las reivindicaciones económicas necesarias para brindar una especial protección completa<sup>24</sup>.

En este sentido, Colombia está en deuda con el logro del significado positivo de la especial protección y para poder alcanzarlo deberá transformar las circunstancias que afianzan su sentido negativo, así como modificar el orden social establecido que sigue dejando a los sujetos y grupos de especial protección en desventaja frente al resto de la población.

---

a realizar ciertas prácticas que garantizan el mantenimiento de este orden. En igual sentido, el orden social colombiano, con sus particularidades, sigue esa estructura de la dominación sobre ciertos grupos sociales, lo que pone en cuestión el derecho a la especial protección como remedio para corregir ese orden social de la desigualdad.

<sup>23</sup> Al respecto, se está de acuerdo con Peter Pal, quien sostiene que la subjetividad escapa a las capturas de cualquiera estructura social que intenta moldearla en las más insospechadas direcciones: en las modalidades inéditas de sociabilidad, resistencia e implicación con el presente. Pal advierte que el sistema siempre busca capturar el sujeto, pero el sujeto tiene varios pliegues y desde ese adentro se puede hacer y ser otro (Sánchez *et al.*, 2010: 31).

<sup>24</sup> Esto significa que aquellas cuestiones culturales varían según los sujetos y grupos, pero el núcleo común entre ellos es que, más allá de sus condiciones identitarias diferenciadas y menospreciadas, existen reivindicaciones económicas pendientes. Por lo tanto, un sujeto común entre los sujetos y grupos de especial protección siempre serán los pobres, porque en la mayoría de estos sus demandas están fundadas en injusticias económicas que por sí solas han constituido unas identidades en condiciones de pobreza que los hace reconocibles de ciertas injusticias. De allí que la condición de las carencias económicas sea una circunstancia genérica de especial protección.

## Conclusiones

Analizado este derecho de la especial protección desde su concepción positiva y negativa en el caso colombiano, puede aceptarse que este postulado constitucional ha servido para la adopción de un modelo de reconocimiento en el derecho estatal que establece ciertas clasificaciones entre los sujetos coasociados entre sujetos de normal protección y sujetos de “especial protección”<sup>25</sup> y esto ha promovido, en la colectividad, procesos formales de reconocimiento entre los sujetos y grupos que la componen y expectativas de cambio de sus situaciones de desventaja, pero esto, a su vez, ha oscurecido la realidad de la reproducción de las desigualdades en el orden social.

Este estudio se adentró en el núcleo del derecho a la especial protección, en el cual se revela su esencia como un postulado cuya naturaleza abierta y abstracta se debate entre su sentido positivo y su sentido negativo: en el primer caso, como un derecho real dirigido a modificar materialmente las desventajas culturales de estatus y de clase de aquellos sujetos menospreciados del orden social, lo que provoca, desde una perspectiva dual, serios reconocimientos y redistribuciones, y garantiza verdaderos cambios en la igualdad social, cultural, económica y simbólica de aquellos sujetos; y, contrariamente, en el segundo caso, como una cláusula jurídica discursiva dispuesta a favor del Estado, a través de la cual se ofrecen ciertos reconocimientos a los sujetos y grupos desaventajados de la sociedad y se les promete una igualdad material que viene aparejada con una condición de reproducción del orden social establecido, lo que conlleva una nueva sociedad con unos nuevos sujetos y grupos reconocidos, pero subordinados y dependientes a ese mismo orden de desigualdad social, cultural, económica y simbólica.

Esto obliga a concluir que ese derecho a la especial protección se enfrenta a los límites, las contradicciones y las pugnas políticas que albergan las reglas

<sup>25</sup> El sujeto de normal protección es el sujeto general, impersonal y abstracto del Derecho moderno, en el que formalmente deberían encajar la mayoría de los individuos y el sujeto de especial protección, es “supuestamente” la excepción a esa regla general, es decir, es el sujeto diferente discriminado, marginalizado y en circunstancias de debilidad manifiesta. No obstante, este reconocimiento ha mostrado que en la práctica esa excepción se ha convertido en la regla general, que hoy opera bajo un derecho excepcional.

de derecho; es decir, este no se comprende si se le examina desde una concepción meramente positiva, es necesario analizarlo también desde su concepción negativa para conocer la realidad que entraña y que se materializa en la sociedad. Para esto, resulta fundamental comprender que la conceptualización de la regla de derecho sobre el derecho a la especial protección no es correcto concebirla e interpretarla en una sola vía, en su sentido dogmático, pues, como lo sostiene Twining, toda regla de derecho está limitada por las presiones políticas reales y por los límites impuestos por el monismo jurídico, mediante el cual existe solo una fuente formalmente legítima de derecho que es el producido por el Estado nación y que desconoce otras fuentes normativas no estatales que determinan la realidad social.

Para este estudio, por el contrario, se comparte con Twining que, para hallar el sentido real del derecho a la especial protección,

[...] se deben ampliar esos límites hacia la perspectiva del pluralismo jurídico y superar el discurso individualista metodológico, según el cual las reglas son representaciones, ideas, conceptos que representan —como un mapa— el terreno y los obstáculos que nos confrontan en el mundo externo, ya que esto deja por fuera las actuaciones dialógicas [que no siempre son coherentes y que construyen distintos discursos] (Twining, 2003: 105-106).

Así, pues, en el significado del derecho a la especial protección hay que descifrar esos distintos discursos estatales y no estatales que intervienen y construyen el sentido real de este postulado, ya que en la formulación y materialización de las reglas intervienen relaciones múltiples y complejas que no pueden ser desconocidas a la hora de valorar y descifrar su significado (entre ellas, las que vienen desde el discurso de los sujetos y grupos de especial protección).

En Colombia, ese derecho a la especial protección se muestra como un instrumento positivo a través del cual se reconocen los sujetos y grupos “en posición de desventaja” con relación al resto de la sociedad, para que estos puedan superar sus desventajas y realizar su proyecto de vida en condiciones dignas y justas. Sin embargo, aquella institución no ha sido puesta en tela de juicio como el medio para mantener privilegios injustificados a favor de ciertos sujetos, grupos y el orden social establecido, o para identificar aquellos sujetos desaventajados para hacerles más gravosas sus condiciones de existencia, reproducir sus desventajas y su posición subordinada en el

orden social. En este estudio se avanza en el último discurso y se descubre que ese derecho a la especial protección ha desarrollado más ese sentido negativo de esta categoría jurídica, toda vez que no contribuye a cerrar la brecha social de la desigualdad, sino que produce los efectos contrarios. Es decir, conduce a la división de la sociedad en campos desiguales.

Este postulado constitucional está construido con base en el derecho moderno, a partir del cual se ha creado un modelo de reconocimiento por exclusión como consecuencia de que hay unos sujetos y grupos especiales que no encajan en el sujeto liberal, y a quienes, a través de esta figura, se les inventa un derecho excepcional, insuficiente y paralelo al derecho de la normalidad, y se reproduce el discurso del derecho desigual de la modernidad.

En este sentido, el derecho a la especial protección poco ha avanzado en la materialización de una igualdad real, pues por medio de él se han satisfecho necesidades muy básicas mediante la apelación de estos sujetos a las ya acostumbradas acciones de tutela, pero sus promesas de un trato digno y significativo para romper con las cadenas de sus desventajas en lo cultural, lo económico, lo simbólico y en su posición de inferioridad en el orden social no es una realidad.

El contenido de este derecho, que por hoy constituye un reforzamiento de su protección jurídica, si bien promueve un reconocimiento, no ha avanzado en la perspectiva dual que conjuntamente comprende la redistribución de recursos. En el primer caso, ese reconocimiento es imperfecto, porque el respeto igual de sus derechos viene dado por su integración a las normas culturales dominantes de la sociedad y no modifica su estatus cultural, y, en el segundo caso, porque no hay una redistribución que modifique sus condiciones de clase, lo cual no se suple con subsidios irrisorios que los subordina a la dependencia del Estado y los ubica en un campo despreciado en el orden social. En una perspectiva justa del derecho a la especial protección, todo esto debe cambiarse.

En este sentido crítico, la categoría jurídica de la especial protección en Colombia no escapa a la contradicción de ese sentido positivo y negativo del término, como tampoco al uso discursivo de un reconocimiento que aparenta ser de una sola cara positiva cuando, en realidad, conserva también una cara negativa, frente a lo cual resulta necesario apelar a la propuesta de

Boaventura de Sousa Santos (2007) de la reinención del Estado y el Estado plural, basado en un constitucionalismo experimental que niegue el discurso centralista occidental y promueva un real pluralismo jurídico.

El Estado colombiano tiene que reinventar la forma de reconocimiento del derecho mismo para reconocer a todos los individuos y a los colectivos en su totalidad a partir del respeto de sus diferencias y entrar en un diálogo real de reconocimiento recíproco con los demás órdenes normativos de la sociedad, sin caer en el discurso colonial de un derecho esencialista y vertical en desprecio de los demás órdenes normativos y de la performatividad de los sujetos y las colectividades.

En suma, el derecho colombiano debe corregir ese modelo de derecho excepcional de la especial protección, pues aquellos sujetos y grupos no pueden seguir siendo tratados de forma excepcional por medio de un derecho aparente que contribuye con el mantenimiento de las estructuras de estatus y clase en el contexto colombiano. El Estado, por consiguiente, está obligado a garantizar un modelo de reconocimiento diferente que garantice la existencia de ciudadanía plena y no precaria para todos, pero para ello son necesarios cambios estructurales en el reconocimiento de los sujetos, la concepción y operatividad del derecho, y las reivindicaciones de justicia de reconocimiento y redistribución que continúan pendientes.

## Referencias

- Bourdieu, P. (1979). *La distinción. Criterio y bases sociales del gusto*. Madrid: Taurus.
- (2011). *Las estrategias de la reproducción social*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Cortés-Nieto, J. D. et al. (2007). La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(Especial), 109-141. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/458>.
- De Sousa-Santos, B. (2007). La reinención del Estado y el Estado Plural. *Observatorio Social de América Latina, OSAL*, 7(22), 25-46. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>.
- Fraser, N. y Honneth, A. (2003). *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico*. Madrid: Ediciones Morata.

- Gargarella, R. (1999). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- Honneth, A. (1992). *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Barcelona: Crítica, Grijalbo Mondadori.
- Lindahl, H. (2007). Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. En: M. Loughlin y N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism* (pp. 9-24). Oxford: Oxford University Press.
- Peláez-Grisales, H. (2015). Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(1), 125-168. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/3289/2631>.
- \_\_\_\_ (2017). El significado ambivalente del reconocimiento del derecho a la especial protección en Colombia. *Universitas*, 66(134), 249-290.
- Rajagopal, B. (2008). Invoking the Rule of Law in Post-conflict Rebuilding: A Critical Examination. *William & Mary Law Review*, 49(4), 1347-1376. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1145&context=wmlr>.
- Sentencia T-491, Expediente No. T-2193 (Sala Segunda de Revisión, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 13 de agosto de 1992). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-491-92.htm>.
- Sentencia T-043, Expediente No. T-4033636 (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 31 de enero de 2014). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-043-14.htm>.
- Sentencia T-1093, Expedientes No. T- 3269793 y T-3327932 (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, 18 de diciembre de 2012). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-1093-12.htm>.
- Sentencia T-925, Expediente No. T-3.590.293 (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, M. P. Alexei Julio Estrada, 9 de noviembre de 2012). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-925-12.htm>.
- Tamanaha, B. Z. (2008). The Dark of the Relationship between the Rule of Law and Liberalism. *NYU Journal of Law & Liberty*, 3, 516-547. Disponible en: [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_060975.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060975.pdf).
- Twining, W. (2003). *Derecho y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Young, I. (2003). *Justicia y política de la diferencia*. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes.

## ■ Capítulo 4.

### ¿Trabajo o función natural? Diferencias de género en el cuidado de niños y niñas\*

Lina Marcela Estrada-Jaramillo\*\*

Johanna Jazmín Zapata-Posada\*\*\*

Margarita Rosa Moreno-Roldán\*\*\*\*

- \* Resultado de la investigación “La organización social del cuidado de niños y niñas menores de 12 años en grupos familiares: caso Medellín”, realizada por el Grupo de Investigación en Familia y el Grupo de Investigación en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana y financiada por la universidad mencionada y la Fundación Bien Humano durante el periodo comprendido entre el primero de octubre de 2015 al primero de abril de 2017. Proyecto con número de radicado 500B-10/15-15.
- \*\* Abogada, especialista en Derecho de Familia y magíster en Derecho de Familia. Docente de la Facultad de Derecho e investigadora del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: [lina.estrada@upb.edu.co](mailto:lina.estrada@upb.edu.co).
- \*\*\* Trabajadora social y especialista en Trabajo Social Familiar de la Universidad Pontificia Bolivariana, doctora en Desarrollo y Ciudadanía: Derechos humanos, igualdad, educación e intervención social de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España). Docente de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Pontificia Bolivariana. Integrante del Grupo de Investigación en Familia (GIF) de la Universidad Pontificia Bolivariana en la línea de contextos y dinámicas familiares.
- \*\*\*\* Trabajadora social de la Universidad de Antioquia y magíster en Terapia Familiar de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Docente de la Facultad de Tra-



## Introducción

El concepto de “cuidado” integra tres dimensiones: la afectiva, la económica y la material (Letablier, 2001, citada en Aguirre, 2008: 23). La afectiva se refiere a los sentimientos y las emociones que se construyen entre quien cuida y quien es cuidado; la económica representa las inversiones que se realizan en las actividades del cuidado; y la material tiene que ver con la disponibilidad y el esfuerzo que hacen cuidadoras y cuidadores, lo que supone unos costos, por lo cual autores como Carrasco (2006) hacen referencia al “trabajo de cuidados”, categoría en la que se centrará este texto. “El trabajo de cuidados, además de que posiblemente se concrete en una determinada actividad, implica importantes dosis de relación, atención psicológica y sostén emocional y afectivo” (p. 52).

Estudiar esta categoría desde la perspectiva de género demanda el análisis de la participación del hombre y la mujer en el cuidado de los niños y las niñas, y del tiempo invertido en las tareas domésticas. Conlleva, además, repensar lo que tradicionalmente se ha construido sobre lo femenino y lo masculino (lo primero ubicado en el ámbito de lo privado y lo segundo en el de lo público). Las representaciones en torno a esto han naturalizado la desigualdad de las relaciones entre hombres y mujeres, y han establecido diferencias en asuntos como la sexualidad, la procreación, la afectividad, la proveeduría y el cuidado (Carrasco, 2006).

Cuidar, entonces, es un tema complejo que evidencia la necesidad de reflexión. Organizaciones como la CEPAL plantean la corresponsabilidad y articulación entre el Estado, la familia y la sociedad, “[...] así como las acciones públicas y privadas dirigidas a satisfacer las necesidades. Por ello, es indispensable un enfoque que haga dialogar perspectivas complementarias: los derechos de los niños, la igualdad de género y la política social inclusiva” (CEPAL y UNICEF, 2011: 4). De ahí que exista una preocupación en países de América Latina frente a cómo conciliar lo privado y lo público, y cómo materializarlo en políticas y leyes que reconozcan el deber de ambos géneros en el cuidado.

---

bajo Social de la Universidad Pontificia Bolivariana. Integrante del Grupo de Investigación en Familia (GIF) de la Universidad Pontificia Bolivariana en la línea de procesos terapéuticos e intervenciones con familias.

En el caso colombiano, se llevó a cabo un rastreo bibliográfico que dio cuenta de estudios orientados hacia el cuidado, referidos sobre todo a discapacidad, enfermedad crónica y adulto mayor (Barrera *et al.*, 2015). Acerca del cuidado en la infancia, se hallaron investigaciones que ayudaron a la comprensión conceptual y dieron paso a perfilar nuevas preguntas y a diseñar un macroproyecto sobre el cuidado de niños y niñas menores de 12 años en cinco ciudades del país.

En este macroproyecto, se buscó comprender las maneras en que las familias se organizan alrededor del cuidado, los significados que le otorgan los participantes en este y la importancia que se le asigna a lo relacional, lo emocional, lo afectivo y lo económico. Las categorías de análisis que surgieron a raíz de este propósito fueron principalmente la interacción del cuidado con el Estado, el mercado, las redes vecinales, las ONG, y, como ejes transversales, el género y la posición socioeconómica. De esta forma, entender el cuidado como trabajo implica reconocer, por un lado, su importancia social, y por el otro, la necesidad de una labor compartida con los hombres, el Estado y la sociedad, lo que se entiende como organización social del cuidado (Arriagada, 2011; Zibecchi, 2014).

## Metodología

Entre el año 2015 y el 2016, los Grupos de Investigación en Familia y en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana y la Fundación Bien Humano, ejecutaron la investigación titulada “La organización social del cuidado de niños y niñas menores de 12 años en grupos familiares- caso Medellín”. Hace parte de un macroproyecto efectuado en cinco ciudades de Colombia. En Medellín, fue desarrollado a través de procesos de investigación formativa, con estudiantes de pregrado en Trabajo Social y de los posgrados: Especialización en Familia y Maestría en Derecho.

El tipo de investigación fue cualitativo (Galeano, 2004) y se buscó comprender las formas de organización de los grupos familiares en relación con el cuidado de niños y niñas, el acceso a bienes y servicios, redes de apoyo, significados, diferencias y semejanzas, según el género. Se basó en un en-

foque hermenéutico (Galeano, 2011) y en el construccionismo social como epistemología (Gergen y Gergen, 2011).

El estudio se desarrolló en dos fases, en las que se realizaron, en total, 70 entrevistas a cuidadores y cuidadoras de los estratos socioeconómicos del 1 al 6, y seis grupos focales con niños y niñas menores de 12 años. En la primera fase, correspondiente al año 2015, los participantes pertenecían a los estratos 1, 2 y 3, y a las instituciones que conforman la alianza por la infancia en la ciudad: Fundación Solidaria La Visitación, Fundación Las Golondrinas, Fundación Ximena Rico, Fundación de Atención a la Niñez (FAN), Fundación Carla Cristina y Corporación Comité Privado de Asistencia a la Niñez (PAN). Con ellos y ellas se efectuaron 30 entrevistas y los seis grupos focales.

En la segunda fase, en 2016, se llevaron a cabo las 40 entrevistas, en las que participaron cuidadores y cuidadoras de todos los estratos socioeconómicos, principalmente 4, 5 y 6, derivados mediante la técnica de bola de nieve. Fue en esta fase donde se hizo el procesamiento y análisis de la información por medio de la transcripción de las entrevistas, la codificación, la ubicación de la información en matrices categoriales y la preparación de memos analíticos que condujeron al análisis intra e intertextual.

Los criterios para la elección de quienes participaron fueron: a) vivir en la ciudad de Medellín por más de 10 años, b) ser cuidadora o cuidador de niños y niñas menores de 12 años y c) pertenecer a familias conformadas de la siguiente manera: nuclear biparental con un proveedor, nuclear biparental con dos proveedores, monoparental materna y paterna, extensa de tres generaciones y ampliada. Adicionalmente, se procuraron diferentes tipos de vinculación laboral: formal, informal y sin vinculación.

La investigación se orientó a partir de los siguientes principios éticos: firma del consentimiento informado y de autorización a los y las cuidadoras en el caso de los grupos focales, aceptación de los niños y las niñas para participar, confidencialidad a través del establecimiento de códigos que preservaran el anonimato, respeto a los participantes y retorno social de la información. En relación con los códigos asignados a cada participante, se manejó la siguiente estructura: inicialmente, se ubicó el número consecutivo de cada familia (F1, F2); luego, la conformación familiar (B: biparental, Mp: monoparental, Mn: monomarental, E: extensa y A: ampliada); seguido del tipo de

cuidador (M: mamá, P: papá, A: abuela, T: tía, H: hermano, h: hermana, O: Otro); posteriormente, el rango de edad del niño o la niña (1, de 0 a 5 años; 2, de 6 a 12 años; 3, ambas edades); el género y el estrato socioeconómico.

Este artículo presenta los resultados de la segunda fase de la investigación en lo correspondiente a las categorías de trabajo de cuidado y género, cuyos objetivos pretendían analizar los arreglos para el cuidado familiar de niños y niñas menores de 12 años, según las condiciones de trabajo, e identificar diferencias y desigualdades de género.

## Referente conceptual

De acuerdo con Bourdieu (2000), a lo largo de la historia se han asignado funciones a partir de las características biológicas de los cuerpos masculino y femenino, y la anatomía natural de los órganos sexuales; así, socialmente se ha establecido una división del trabajo según el género, que se fundamenta en discursos que naturalizan esta división mediante representaciones como gestos, palabras y actitudes. Lo anterior está en consonancia con la “feminización” del cuidado, que reproduce las relaciones de género, donde se considera a las mujeres como responsables de los asuntos domésticos y del cuidado de los niños y las niñas. La base de esta idea se encuentra en la creencia en el “instinto maternal”, que supone habilidades, capacidades y recursos en la mujer por el hecho de ser mujer, y no lo ubica como un rol estipulado por la sociedad, lo que hace que a los hombres se les fijen otras actividades al considerar que aquellas los feminizan; esta ideología “familiarista” no discute frente a quién se asume el cuidado, sino que este se le asigna a la mujer (Salas-Rodas, 2013; Ángeles-Flores y Tena-Guerrero, 2014).

En los años sesenta, comenzó el debate acerca de la invisibilidad del trabajo doméstico y desde entonces se ha recorrido un largo camino para llegar a consolidar el término “trabajo de cuidados” como una actividad que contribuye a la economía y “se resalta en dos niveles: 1. A nivel macroeconómico como fundamento para que la vida continúe y 2. A nivel microeconómico con relación al tiempo y al trabajo en el hogar con una importante dimensión de género enfocado a la mujer” (Carrasco, 2006: 40).

Lo anterior, evidencia la reflexión acerca del trabajo no remunerado en los hogares en torno a lo que se denomina “la nueva economía de la familia” y al “debate sobre el trabajo doméstico” (Esquivel, Faur y Jelin, 2011). Esto implica que haya divergencias en los investigadores, porque se abordan cambios como la incorporación de las mujeres al mercado laboral permanentemente y se plantean preguntas como ¿a manos de quién pasa el cuidado del hogar? A su vez, hacen que las mujeres adquieran nuevas dimensiones en la sociedad y, por ende, se sustituyan las tareas del cuidado desde el hogar por servicios del mercado (Carrasco, 2006; Esquivel, Faur y Jelin, 2011; Salas-Rodas, 2013).

Carrasco (2006) manifiesta que el cuidado tiene características análogas al trabajo asalariado, porque requiere invertir tiempo y energía para realizarse (a esto se le asigna un coste de oportunidad), forma parte de la división del trabajo (las aportaciones de mujeres y hombres al hogar son diferentes) y produce bienes y servicios (comida, limpieza) separables de la persona que los ejecuta, es decir, pueden ser producidos en el mercado aunque con otras relaciones de producción.

En efecto, los cambios paulatinos en la perspectiva del cuidado contribuyen a reconocerlo como “trabajo de cuidado”, lo que evidencia la necesidad que cada persona tiene de ser cuidada, según el momento vital en que se encuentre. También cabe resaltar que no se es en exclusiva cuidador o cuidada, sino que todas las personas tienen potencialmente ambas dimensiones (Carbonell-Esteller, Gálvez-Muñoz y Rodríguez-Mondroño, 2014).

Aún falta camino por recorrer hacia la equidad de funciones domésticas y de cuidado por parte de hombres y mujeres. No obstante, el cambio ha iniciado:

Los hombres están cada vez más interesados en participar en la paternidad, todavía su desempeño está focalizado en roles como el juego, los paseos y el apoyo en tareas escolares. La evidencia disponible nos muestra que al mundo de las tareas domésticas los hombres casi no han entrado, excepto en temas como reparaciones en el hogar o pago de cuentas (Aguayo, Correa y Cristi, 2011, citados en Kimelman y Aguayo, 2012: 13).

Desde una perspectiva de género, se requiere disminuir la división sexual del cuidado, en la que a hombres y mujeres se les faciliten las mismas oportunidades y el ejercicio de sus derechos con independencia de sus edades y

sus estratos socioeconómicos (Aguirre, 2008). Las mujeres “[...] invierten más del doble de tiempo que los varones al [sic] trabajo no remunerado [...], [hay] una brecha en la dedicación horaria siendo [sic] casi el doble el de las mujeres en comparación con los hombres, cuando tienen hijos/as menores de 6 años” (Cafaro-Mango y Espasandín-Cárdenas, 2015: 124).

## Hallazgos

En el siguiente apartado se presentan los resultados correspondientes a las categorías “trabajo de cuidado” y “género”, obtenidos en la segunda fase de la investigación (fase 2, 2016, 40 entrevistas). Se describen los hallazgos de ambas categorías soportados en relatos de los participantes.

### Género y cuidado

Es importante mencionar que, en este estudio, se define como cuidador principal al responsable de las tareas de cuidado y crianza de los niños y las niñas menores de 12 años. Según esto, hay casos que identifican así al hombre o a la mujer, y al otro lo perciben como complementario o ausente. Asimismo, varias narrativas refieren una distribución equitativa entre ambos géneros. Respecto a la distribución del cuidado según el género, se evidencia que prevalece una distribución tradicional, en la que son las figuras femeninas quienes agencian el cuidado afectivo y material de los niños y las niñas menores de 12 años; en este sentido, sobresale la madre como la principal responsable (en otros casos es la abuela o la tía). Por consiguiente, la mujer es la encargada de bañar, vestir, alimentar, pasear, acompañar y demás tareas relacionadas con la edad de los niños y las niñas, y ante su temporal ausencia delega estas labores en otras mujeres. “Cuando yo tengo una salida o tengo algo que hacer, la dejo donde una hermana mía, algunas veces la recoge la mamá porque sale antesitos de trabajar, entonces la recoge la mamá o una hermana mía” (F31EA2F3).

El elemento en común entre estas mujeres es la no vinculación a una actividad laboral y la dedicación a su rol de cuidadoras de tiempo completo, y los hombres son los encargados de proveer en el hogar. En algunas experiencias

se evidencia una naturalización del cuidado, al considerarlo como una práctica obligatoria por el hecho de ser madre, que no se constituye en un trabajo. “Yo no trabajo, soy ama de casa, entonces me queda todo el tiempo para él. [...] suficiente, porque es todo, desde que se levanta hasta que se acuesta. [...] le he brindado todos los cuidados, tanto a nivel emocional, a nivel físico y en todos los sentidos” (F48EA1M4). Aquellos relatos que adjudican las labores domésticas y de cuidado a la mujer como única responsable evidencian la influencia del discurso cultural tradicional e influyen en que se perpetúe esta visión y no se valore el aporte de la mujer como un trabajo:

Yo al papá no le exijo que le dedique mucho tiempo a ella porque yo sé que él es el que tiene que trabajar, y pa' eso yo no trabajo, para estar pendiente de ella, de las cosas que ella necesita, de tareas, de trabajos, de alguna actividad, soy yo, el papá dice: “Para eso está usted, haga la vuelta usted porque a mí me queda complicado” (F57BM2F2).

En otras experiencias se manifiesta la sensación de estar en desventaja en relación con el hombre, por lo que se está en desacuerdo con esa distribución y se considera que el cuidado de los niños y las niñas debe ser un asunto más compartido, donde la mujer también cuente con tiempo para desarrollar otras actividades:

Las mujeres yo creo que somos las que a veces tenemos toda la responsabilidad porque el hombre como tiene que trabajar solo le toca parte del tiempo del día, entonces somos las mujeres las que siempre tenemos que cuidarlos; yo creo que estamos en desventaja, el hombre es más tranquilo, más relajado, a veces saca más tiempo para sus actividades, en cambio las mujeres estamos más pendientes y dejamos de hacer muchas cosas por estar con los niños (F38EA2FM5).

En esta prevalencia del cuidado por parte de la mujer, encontrada en la investigación, se observan distintos tipos de participación por parte del hombre. En este sentido, se ubican experiencias en las que el hombre está ausente o es intermitente (familias monoparentales femeninas y extensas); en estos casos, las mujeres viven una sobrecarga en las labores y los hombres se distancian de la dimensión afectiva, como lo ilustra el siguiente relato de una abuela: “El papá casi nunca está [...], no dio la talla, ella sola, con muchos atranques y todo... yo le he ayudado a ella” (F35EA2F3).

En otras narrativas, se ubica una participación del hombre en la proveeduría económica y la madre en el cuidado y lo doméstico, y se describe el trabajo como uno de los factores que influye en que el hombre no invierta más tiempo en el cuidado. De acuerdo con lo anterior, algunos relatos muestran una interconexión entre la participación del hombre en el cuidado y el tipo de empleo que desarrolla, y las labores independientes favorecen una mayor implicación de los hombres:

Al yo ser independiente y tener mi negocio particular puedo mover mis tiempos y organizar la agenda; si en algún momento resultara un imprevisto yo podría desplazarme más fácilmente a la casa, lo que es diferente si le ocurre a la mamá de [la niña], porque ella tiene unos compromisos laborales que implican una hora de entrada y salida, yo en cambio soy independiente entonces puedo tener más flexibilidad (F42MpP1F4).

De esta manera, quienes trabajan de forma independiente pueden realizar con mayor facilidad ajustes en su tiempo laboral para ocuparse de aspectos relacionados con el cuidado de niños y niñas. Lo anterior hace que, en estos casos, exista una convicción respecto a que el tiempo que dedican al cuidado es suficiente y que pueden estar más atentos de las necesidades de ellos y ellas. Esta situación difiere en aquellos cuidadores y cuidadoras que se encuentran bajo una modalidad de contrato laboral que les implica el cumplimiento de horarios de trabajo:

Como hay que cumplir unos horarios de trabajo, entonces nos vemos con esa situación difícil, como organizar los tiempos para cumplir laboralmente y con las actividades de ellos, entonces un ejemplo: [la niña] entra a las 8:00 a. m. al jardín y yo entro a las 7:30 a. m., él entra a las 7:00 a. m., entonces toca pedir el permiso: “Jefe, deme tiempo de llegar por lo menos hasta las 8-8:10”. Es un corre corre. Las dificultades han sido muchas, porque no contamos con una persona adicional para que uno pueda decir: “La voy a llevar donde mi abuela, la voy a llevar adonde mi tía” (F44BM2M6).

Siguiendo con la participación del hombre en el cuidado, se encuentran narrativas en las que, si bien ambos cuentan con empleo y reportan una convivencia como pareja, es la mujer quien antes y después del trabajo asume tareas de cuidado del niño o la niña y el hombre acompaña las tareas recreativas y médicas:

Yo madrugo, la despacho, voy y la llevo al transporte. Ya por la tarde al medio día la recibe la nana, le da su almuerzo, después llevo yo, hacemos tareas, compartimos un rato, ella comparte la tarde muchas veces después de las 6 que llega el papá de trabajar, juegan, hacen un juego lúdico... ya en este momento están haciendo otras cosas, pero ella comparte más que todo conmigo como mamá y con la nana (F52AM2F5).

Se hallaron experiencias particulares en que los hombres-padres se constituyen en el cuidador principal, ligadas a cuatro razones: la primera, a la pérdida de empleo y la decisión de asumir esta tarea; la segunda, a que ellos organizan sus horarios laborales para evitar que un extraño cuide al niño; la tercera, a raíz de la muerte de la madre; y la cuarta, porque disuelven la relación de pareja y se quedan con sus hijos e hijas. Estos padres comentan que la mayoría del tiempo efectúan las actividades cotidianas; la mujer —que puede ser la madre, la abuela o una niñera— complementa estas labores.

En los casos en que el hombre se queda sin empleo, se da una reorganización en las labores de ambos y él es quien se ocupa de las actividades domésticas y del cuidado de los niños y las niñas, mientras la mujer está trabajando: “Mi esposa trabaja hasta máximo 4 de la tarde, pero ella por lo general está aquí a las 2:00 p.m. o 3:30 p.m., y a esa hora ya ella le dedica el tiempo a la niña, ella la alimenta” (F45BP1F4).

En algunos casos de conformaciones nucleares y extensas, se reportan experiencias en que las labores afectivas y materiales en torno al desarrollo de los niños y las niñas se explican como una responsabilidad de ambos géneros, ya sea que se trate de los dos padres o de integrantes de la familia extensa, sin que la edad de los niños y las niñas aparezca como factor determinante. De esta manera, se narra de forma explícita que los dos géneros tienen responsabilidades y cuidan de la familia en diferentes formas. En estas experiencias converge la realización de actividades laborales por parte de la madre; antes y después del trabajo, los dos se dedican a sus hijos mediante el reparto de actividades cotidianas. “Nosotros compartimos el cuidado, no tenemos horario; según las cargas laborales, si el niño demanda algo urgente, cualquiera de los dos está disponible” (F58EM1M6).

## *Asuntos laborales y redes de cuidado*

El cuidado de un niño o niña exige ajustes para cumplir con las actividades propias de este, como la modificación del tiempo, la disposición del dinero y la vinculación con las redes de apoyo o figuras subsidiarias, entre otros (Esquivel, Faur y Jelin, 2011). En el caso de los participantes de la investigación, se identifica una convergencia en la que las redes familiares son las que se encargan del cuidado en el tiempo en que los padres y las madres están trabajando (generalmente las mujeres —abuelas, tías y hermanas— son quienes asumen esta tarea).

No afecta en nada [que la madre labore] porque [el niño] está muy apegado a la abuela, y pues es como si yo fuera la mamá (risas) [...]. Cuando está la mamá, pues ya ella se encarga de él, pero cuando ella no está yo soy la que lo cuido y él no la ha extrañado, y no ha afectado para nada que ella trabaje (F48EA1M4).

Desde los relatos, el apoyo de las redes familiares facilita el desempeño de las actividades laborales sin tener que solicitar permisos o tiempos para ocuparse de lo referido al cuidado. Lo anterior no solo evidencia la naturalización de la prevalencia de la familia y, en ella, de las figuras femeninas como responsables del cuidado, sino también la falta de demanda de la corresponsabilidad de las empresas o instituciones laborales. En este sentido, son escasas las experiencias en que las empresas proporcionan permisos para que los cuidadores y las cuidadoras se encarguen de las obligaciones escolares, de salud y recreación, y prestan ayudas económicas para fomentar el cuidado de los niños y las niñas de los empleados:

Frente a asuntos que son planeados, como una cita médica, una cita en el colegio, cosas de esas, la empresa sí ha respetado mucho eso, pero cuando se trata de asuntos imprevistos, no sé la verdad qué tan flexible pueda llegar a ser una empresa con las implicaciones que trae, pues trabajar en una empresa que es tan estricta y que todo el tiempo es como para [ella], entonces también por eso yo he sido el que se ha encargado del cuidado principal de la niña (F42MpP1F4).

Este relato corresponde a un padre que, debido a su trabajo independiente, puede distribuir su tiempo para tareas de cuidado mientras su esposa está laborando en una empresa. En algunos casos, se reporta que las empresas facilitan los permisos para atender una situación con los niños y las niñas: quienes están vinculados mediante contrato laboral con estas posibilidades se sienten satisfechos con la comprensión de sus jefes en situaciones como enfermedad y asistencia a reuniones escolares, entre otras, sin que influya el estrato socioeconómico. “No, bien, perfectamente bien, o sea, yo no tengo inconveniente con ningún permiso, para nada” (F41MnM2F4). “Ahí mismo le dan los permisos [...] cuando tiene que ir por notas, por calificaciones al colegio o a algún evento que el colegio hace para la familia... ella no tiene problema” (F34EP1M3).

Las empresas que tienen la modalidad del teletrabajo les facilitan a sus empleados el desempeño de labores desde su casa; de esta forma, según los participantes, pueden ocuparse del trabajo en los momentos en que los niños y las niñas se encuentran durmiendo o están en otra actividad. “Puedo hacer teletrabajo, entonces eso me ayuda a que si tengo algún inconveniente pueda trabajar desde la casa” (F36BM2FM6).

A algunos que mencionan solicitar permisos laborales se les han presentado inconvenientes con sus jefes en momentos imprevistos y sienten que estos no son comprensivos con esta clase de asuntos; en estos casos, han tomado la decisión de renunciar al trabajo y privilegiar el cuidado de los niños y las niñas. Aquí el elemento común es el estrato socioeconómico bajo o medio. Cuando las personas sienten temor de pedir permisos, esto se relaciona con la idea de control laboral, debido a que las empresas solicitan muchas justificaciones para otorgar su ausencia. “Todavía no me ha tocado pedir permiso este año, pero allá le preguntan a uno hasta mejor dicho [...], tiene que pedir constancia de entrada de la cita médica y la salida, como para ver si es verdad que uno estaba allá” (F45BP1F4).

También, en los estratos socioeconómicos más altos, se encuentra como una alternativa de apoyo al cuidado, además de la red familiar, la contratación de cuidadores secundarios que se ocupen de acompañar a los niños y las niñas, y que a su vez se encarguen de las labores domésticas, lo que les

confiere a los padres mayores posibilidades de estar con ellos y ellas. Igual ocurre en el estrato medio, aunque en este se destaca la ayuda de redes familiares y vecinales. Esto es diferente a lo que ocurre en los estratos bajos, que no disponen de recursos económicos para vincular a los niños y las niñas en actividades extraescolares, debido a que ello supone un gasto extra en sus obligaciones (incluso cuando el Estado subsidia estas actividades, eso les implica requisitos que no siempre logran cumplir, como la edad del niño y el tipo de actividad a realizar, entre otras).

En cuanto al género del cuidador, la prevalencia en los hallazgos es que se conserva la figura de la mujer como cuidadora y no se evidencian casos de hombres contratados para labores de cuidado. En palabras de una de las participantes, “yo sí procuro despacharla [a la niña] porque me parece que quiero saber cómo se va, pero igual yo sé, yo le dejo todo, la empleada sabe qué le hace, qué debe hacer, cuándo llega, cuándo saca los perros, todo” (F52AM2F5).

Otro hallazgo en la categoría trabajo y cuidado es que casi la mitad de los participantes consideran que su profesión u oficio no les aporta herramientas que les faciliten los asuntos del cuidado; quienes lo manifiestan así, principalmente hacen parte de las áreas de ingeniería, administración y oficios varios, a diferencia de otros casos en los que se menciona que el trabajo y el nivel educativo resultan útiles para la formación de los niños y las niñas:

Para mí ha sido muy interesante contrastar mi labor como profesor de familia y como abogado que escucho con las personas que tienen dificultades en su familia. Esto me ha ayudado mucho y he encontrado soluciones a lo que hago diariamente con mi hija (F50BP2F5).

Otro aspecto relevante se presenta en las familias que tienen los recursos económicos para contratar un servicio de niñera en los tiempos en que ambos laboran, pues de esta manera pueden desarrollar sus profesiones y a la vez sentir tranquilidad frente a quién cuida al niño o la niña. “Yo tengo una niña de 12 años y toda la vida siempre se le ha pagado a una niñera; como tanto el padre como la madre tenemos que trabajar, entonces ella es la que nos ayuda en la casa cuando la niña está en horas de colegio” (F51EP2M3).

## *Acuerdos de tiempo para el cuidado*

Para los participantes entrevistados, uno de los temas más complejos de resolver es el tiempo para el cuidado. Aun en los casos en que se percibe satisfacción con la cantidad de tiempo que dedican al cuidado de sus niños y niñas, existe la sensación de que este podría ser mayor y de mejor calidad: “Creo que sí, muchas veces de pronto uno dice ‘¡Qué rico tener más tiempo para ellos!’, porque son una alegría y estar con ellos ha sido muy rico y a veces sí he disminuido el trabajo” (F38EA2FM5).

No, completamente insuficiente porque para acabar de ajustar, el papá, como les conté, no vive aquí, entonces con él solo se ve los sábados y conmigo... pues nosotras sí estamos en la noche juntas, pero de todas maneras uno no alcanza a compartir tanto, uno ya está cansado, ya no quiere que le hable nadie, mi trabajo es muy muy estresante y mi jornada laboral muchas veces es larga... miren la hora que es: son las 8:30 p.m., y yo no la he visto, entonces ojalá yo pudiera trabajar de lunes a viernes y salir a las 5 p.m. de la oficina, uno tendría más tiempo para ella pero mi trabajo no me lo permite (F41MnM2F4).

Muy pocas participantes consideran que el tiempo para el cuidado es suficiente y por ello han dejado de lado sus obligaciones laborales para dedicarse a estas tareas, sobre todo en los primeros años de vida de los niños y las niñas; y aunque tengan la posibilidad de apoyarse en redes familiares, prefieren ser ellas quienes adquieran ese compromiso. Particularmente, son las madres las que renuncian a sus propósitos y estilos de vida y, a su vez, asumen trabajar como independientes, debido a que, como se mencionó antes, pueden ajustar los horarios con mayor facilidad en caso de que deban acudir a citas médicas, actividades escolares o recreativas. “Yo trabajo en el horario que ella esté estudiando. Ella estudia, digamos, de 7:30 a.m. a 4:00 p.m., entonces procuro trabajar casi siempre, hago el último turno a las 2 p.m. pa’ estar terminando tipo 4:00 p.m., voy, la recojo y me quedo con ella” (F60EM1F2).

El nivel socioeconómico no hace la diferencia en cuanto a la percepción del tiempo de cuidado, en tanto los cuidadores y las cuidadoras, en todos los estratos, consideran que los momentos que pasan juntos con los niños y las niñas son insuficientes debido a las labores cotidianas y a sus empleos. Lo que sí varía son las posibilidades en los estratos altos para ocupar, con actividades extracurriculares, el tiempo libre de los niños y las niñas, y, de esta forma,

tener mayor tranquilidad al saber que la dedicación por fuera del colegio está invertida en actividades formativas, deportivas, recreativas o artísticas. “En las mañanas llevo a los niños al colegio y mi esposo y yo nos vamos a trabajar; ya en las horas de la tarde, como a las 2:30 p.m., los recogemos en el colegio, se cambian, y mi esposo se va para entrenamiento con el mayor, de BMX, y yo me voy con el menor a entrenamiento de fútbol” (F40BM1M4).

## Discusión

En la literatura referida al tema del cuidado de los niños y las niñas, es común encontrar una relación directa con la obligatoriedad de la familia en la satisfacción de todas las necesidades materiales y emocionales de sus integrantes. Si bien, la familia se constituye en una de las principales garantes del cuidado, su participación no excluye a la sociedad y al Estado como responsables. Concebirla como única encargada perpetúa la concepción del “familismo”, que ha sido una visión tradicional que ha conducido a la feminización del cuidado, pues, finalmente, es en las mujeres —en la familia— en quienes recae esta labor (Puyana y Ramírez, 2007; Puyana-Villamizar, 2008).

El trabajo de cuidado es un conjunto de actividades que responden a las exigencias propias de las relaciones de dependencia; “cuidar de otro no es solo pensar en el otro, preocuparse intelectual o afectivamente por él, sino ante todo hacer algo, producir un trabajo que contribuye directamente a mantener o preservar la vida del otro” (Arango y Molinier, 2011: 93).

En el contexto latinoamericano, se plantea que “el cuidado ha sido una actividad históricamente asignada a las familias, pero más precisamente a las madres, a quienes habitualmente se consideraba y aún se considera las principales responsables de asumir el trabajo de cuidado dentro del hogar [sic]” (Eleonor, 2014: 34). Colombia es un país que continúa arraigado al modelo tradicional, en el que a la mujer se le asigna la realización de las labores del hogar y el cuidado de los niños y las niñas (Puyana-Villamizar, 2008).

La prevalencia de la figura femenina en el cuidado de los niños y las niñas da cuenta de la feminización de esta labor y la naturalización de la misma en los escenarios familiares. Los hombres que se describen como cuidado-

res principales relacionan esta distribución con cambios en la conformación familiar o terminación de la relación de pareja, tipo de empleo y grado de escolaridad. Estos hombres que rompen con la mirada tradicional del cuidado y las relaciones familiares se adscriben a lo que se ha denominado *paternar*, que, según Salas-Rodas (2013), responde a nuevas expresiones y actitudes de los hombres respecto a las labores de crianza.

Sea cual sea la persona al interior de la familia que ejerza esta labor, el Estado y la sociedad deben apoyar el cumplimiento de tareas relacionadas con el trabajo de cuidado, inicialmente con su reconocimiento como aporte fundamental y con la promoción de beneficios sociales que la favorezcan. Organismos internacionales como la Unicef y el Comité de los Derechos de los Niños demandan de los Estados responsabilidades frente a la protección, además de comprometer a la sociedad en el cumplimiento de este derecho (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).

El desconocimiento de los cuidadores y las cuidadoras respecto a la responsabilidad del Estado se basa en la idea de que su función se limita a velar por la educación o atender las situaciones de los niños y las niñas que tienen sus derechos vulnerados y bajos recursos económicos. Por ende, no exigen beneficios tanto para el cumplimiento de sus funciones de cuidado como para la protección de quienes tienen a cargo. La obligación del Estado es mayor en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales como la protección, la salud, la alimentación y la educación, que influye en la calidad de los niños y las niñas, y en el desarrollo de competencias y aptitudes durante su crecimiento, como lo dicta la Ley 1098 de 2006 en su artículo 1.

Otro aspecto relacionado con el Estado y el cuidado es la idea de la madre como única y principal cuidadora; actualmente, solo existe una ley en la que se vincula al padre frente al ejercicio del cuidado, que es la Ley 755 o Ley María (Congreso de la República, 2002), la cual permite al progenitor una licencia de ocho días después del nacimiento de su hijo. Además, se sancionó la Ley 1822 (Congreso de la República, 2017) que tiene como objeto la modificación de la licencia de maternidad de 14 a 18 semanas.

Si bien es una extensión que beneficia al infante frente a los cuidados en estos primeros meses de vida, tiene una falencia frente a la igualdad de género, porque incentiva únicamente que sean las mujeres quienes se hagan

cargo de estas tareas, sin señalar que se debe buscar que estas responsabilidades sean compartidas con los hombres. Los efectos que esto genera socialmente se relacionan, por un lado, con la perpetuación de la mujer en este ámbito, y por el otro, con la inequidad respecto a aquellos hombres que quieren tener mayor participación en el cuidado. En países como Suecia, se ofrece a la madre hasta 480 días (compartidos con el padre) y se obliga a la madre a un mínimo de 60 días de descanso tras el parto. En España el tiempo puede ser compartido con la pareja, alternando el descanso o tomándolo los dos a la vez (Carreras-Lanau, 2014).

Respecto a las relaciones laborales, el modelo económico imperante exige productividad y, por ello, los compromisos del trabajo son cada vez mayores e incluso no culminan en el espacio institucional, sino que se trasladan al escenario del hogar, lo que tiene un efecto directo en las familias —como la disminución del tiempo de cuidado y la sobrecarga de los cuidadores y las cuidadoras—:

Aunque las empresas colombianas son cada vez más conscientes de que el equilibrio personal entre trabajo y familia es esencial para el bienestar de los empleados y su capacidad de compromiso con la organización, y que repercuten en el rendimiento y la productividad, todavía el desarrollo y la implementación al interior de las empresas de este conocimiento es bastante incipiente (Idrovo-Carlier, 2006: 50).

Independientemente del estrato socioeconómico, debe garantizarse el cuidado de los niños y las niñas (y las empresas, entre otras instituciones, están llamadas a contribuir con este como soporte social). El Estado debe regular políticas que apoyen al empleado frente a su responsabilidad como cuidador, y este es uno de los aspectos que más se resalta en las entrevistas, en tanto los cuidadores y las cuidadoras se sienten satisfechos con las empresas donde laboran cuando estas brindan apoyo frente a sus problemas familiares.

Lo descrito puede ser efecto del cambio paulatino en las condiciones y políticas laborales, que en los últimos años se han venido flexibilizando con miras a mejorar el bienestar de los empleados y sus familias. Un ejemplo es la Ley 1221 (Congreso de la República, 2008), que promueve y regula el teletrabajo como instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomuni-



caciones (TIC). De esta manera, hay un avance en términos de la existencia de leyes que son facultativas, es decir, se deja a la potestad del empleador el generar o no medidas flexibles en los entornos laborales.

La falta de corresponsabilidad del Estado y la sociedad, representada en la figura del empleador, conlleva que se activen redes familiares y se generen mecanismos internos para atender los compromisos derivados del cuidado e incluso se tomen medidas como cambiar los horarios o renunciar a los empleos, con los efectos que esto puede tener en la calidad de vida de las familias. Otra de las alternativas encontradas es el uso de los servicios de mercado, que a su vez está mediado por la capacidad económica de las familias (por ejemplo, la contratación de empleadas domésticas en los casos de estratos socioeconómicos más altos). En efecto, la desigualdad en el acceso a los bienes y servicios ocasiona posibilidades de acción diferentes y limitaciones frente a estas (Zapata-Posada, 2013).

## Conclusiones

El cuidado es uno de los temas con mayor relevancia en el campo de investigación en la actualidad y es analizado desde diferentes perspectivas, lo que genera reflexión, debate y construcción en el aporte social de lo que implica ser cuidador y ser cuidado. La distribución tradicional del mismo, según el género, coexiste con otras formas de distribución en las que la participación del hombre oscila entre desarrollar actividades recreativas y hablar de cuidado compartido, hasta asumir él el cuidado principal, lo cual está ligado a los tiempos laborales, el nivel educativo y las mejores posibilidades económicas (es más relevante cuando se cuenta con niveles de educación más altos, lo que puede estar conectado con el acceso a información sobre la crianza compartida e igualitaria). También, en los casos de familias con la posibilidad de pagar un servicio de niñera, se facilita que ambos padres ejerzan sus profesiones y a la vez se involucren en el cuidado de sus hijos e hijas.

El trabajo de cuidado demanda un reconocimiento social, político, económico y jurídico que se refleje en la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado. Lo anterior implica:

- Erosionar los discursos culturales dominantes acerca de la distribución sexual del trabajo, que ubican a la mujer en lo privado y al hombre en lo público. Estos discursos tienden a legitimar la práctica del cuidado por parte de las mujeres, quienes lo asumen como algo natural.
- La concurrencia en el deber del cuidado por parte de los hombres, la sociedad y el Estado. En cuanto a los hombres, se requiere tanto su participación equitativa como el otorgarles garantías cuando lo asumen; en cuanto a la sociedad, es necesario el cumplimiento de las políticas que favorecen el cuidado y la veeduría en la protección de los niños y las niñas. En este ámbito, los empleadores deben aplicar estrategias permanentes que contribuyan a que los empleados se ocupen del cuidado, entendiendo que su sobrecarga repercute en su desempeño laboral. Respecto al Estado, es necesario un cambio de perspectiva en torno al cuidado como una labor en la que debe actuar no solo en situaciones de vulneración, sino en la universalización de este derecho independientemente del estrato socioeconómico. Asimismo, debe actuar con la desregularización de normas que perpetúan el lugar de la mujer como principal encargada del cuidado. La responsabilidad que el Estado puede ejercer para facilitararlo consiste en vigilar la implementación de las políticas ya existentes y en generar nuevas acciones públicas acordes con el contexto y las realidades de las familias.
- Mayor apropiación de los derechos que se tiene como cuidador y cuidadora, con el ánimo de legitimar el aporte social. Si bien los cuidadores y las cuidadoras se ajustan a los tiempos y las posibilidades que tienen, y resuelven el cuidado de los niños y las niñas a través de las redes familiares, los servicios contratados y los acuerdos laborales, es necesario que hagan explícitas sus necesidades en concordancia con sus derechos laborales, en lugar de trasladar toda la responsabilidad a las redes de apoyo familiar.

Todo lo anterior respondería a lo que se entiende como organización social del cuidado.

## Referencias

- Aguayo, F.; Correa, P. y Cristi, P. (2011). *Encuesta IMAGES Chile. Resultados de la Encuesta internacional de masculinidades y equidad*. Santiago: Cultura y Salud/EME.
- Aguirre, R. (2008). El futuro del cuidado. En: I. Arriaga (ed.), *Futuro de las familias y desafíos para las políticas. Serie Seminarios y Conferencias* (pp. 23-34). Santiago de Chile: CEPAL.
- Ángeles-Flores, R. L. y Tena-Guerrero, O. (2014). Maternalismo y discursos feministas latinoamericanos sobre el trabajo de cuidados: un tejido en tensión. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 18(3), 27-42.
- Arango, L. y Molinier, P. (eds.). (2011). *El trabajo y la ética del cuidado*. Medellín: La Carreta Social, Universidad Nacional de Colombia.
- Arriagada, I. (ed.). (2011). *La Organización social de los cuidados y vulneración de derechos en Chile*. Chile: ONU MUJERES.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos de los Niños. Naciones Unidas.
- Barrera, A. M. et al. (2015). Aproximación a los significados, a los usos del mercado y al género en la organización social del cuidado de niños y niñas menores de 12 años de grupos familiares en Medellín. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama.
- Cafaro-Mango, A. L. y Espasandín-Cárdenas, M. C. (2015). El sistema nacional de cuidados en el Uruguay: género y cuidados en el foco del debate. *Fronteras*, (8), 119-132.
- Carbonell-Esteller, M.; Gálvez-Muñoz, L. y Rodríguez-Mondroño, P. (2014). Género y cuidados: respuestas sociales e institucionales al surgimiento de la sociedad de mercado en el contexto europeo. *AREAS. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, (33), 17-32.
- Carrasco, C. (2006). La paradoja del cuidado: necesario pero invisible. *Revista de Economía Crítica*, 5, 39-64.
- Carreras-Lanau, A. (2014). *Un análisis comparado europeo de la conciliación de la vida laboral y familiar*. Pamplona - Iruña: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad Pública de Navarra.
- CEPAL y UNICEF (2011). Desafíos. Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. *Cuidado infantil y licencias parentales*, (12), 1-12.
- Congreso de la República (2002). *Ley 755, por la cual se modifica el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María*. Bogotá D. C.: Diario Oficial No. 44.878, del 25 de julio de 2002.
- \_\_\_\_ (16 de junio de 2008). *Ley 1221. Por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D. C.: Diario Oficial No. 47.052, del 16 de julio de 2008.
- \_\_\_\_ (4 de enero de 2017). *Ley 1822. Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y [el] cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D. C.: Diario Oficial No. 50.106, del 4 de enero de 2017.
- Eleonor, F. (2014). *El cuidado infantil en el siglo XXI: mujeres malabaristas en una sociedad desigual*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Esquivel, V.; Faur, E. y Jelin, E. (eds.) (2011). *Las lógicas del cuidado infantil, entre las familias, el Estado y el mercado*. Buenos Aires: IDES.
- Galeano, M. E. (2004). *Diseño de proyectos en investigación cualitativa*. Medellín: Universidad EAFIT.
- \_\_\_\_ (2011). *Diseño de proyectos en la investigación cualitativa* (2.ª ed.). Medellín: Universidad EAFIT.
- Gergen, K. J. y Gergen, M. M. (2011). *Reflexiones sobre la construcción social*. Madrid: Paidós.
- Idrovo-Carlier, S. (2006). Las políticas de conciliación trabajo-familia en las empresas colombianas. *Estudios Gerenciales*, 22(100), 49-70.
- Kimelman, E. y Aguayo, F. (2012). *Paternidad activa*. Santiago de Chile: Gobierno de Chile.
- Puyana, Y. y Ramírez, M. H. (2007). *Familias, cambios y estrategias. El familismo: una crítica desde la perspectiva de género y el feminismo*. Bogotá D. C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Puyana-Villamizar, Y. (2008). Políticas de familia en Colombia: matices y orientaciones. *Trabajo Social*, (8), 29-41.
- Salas-Rodas, L. J. (2013). La familiarización y des-familiarización de la crianza y los cuidados de la infancia. Medellín: Fundación Bienestar Humano.
- Zapata-Posada, J. J. (2013). *Familias monomarentales y monoparentales y su relación con los hijos e hijas adolescentes según el nivel socioeconómico y el sexo*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide.
- Zibecchi, C. (2014). Cuidadoras del ámbito comunitario: entre las expectativas de profesionalización y el altruismo. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, (50), 129-145.

## ■ Capítulo 5.

Perspectiva biojurídica de las infecciones asociadas al cuidado en salud. Una visión a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado\*

*Carlos Andrés Gómez-García\*\**

### Introducción

La presente reflexión nace de una doble motivación; en primer lugar, cuando me encontraba exponiendo mi proyecto de tesis de maestría, denominado Turismo en salud: ¿Una forma de medicalización de la sociedad?, uno de los jurados realizó un comentario sobre la gran cantidad de pacientes que venían a Colombia buscando procedimientos de diversas áreas y los inconvenientes que se habían presentado con estos, pero en especial se

---

\* Producto de la investigación denominada “Implicaciones legales de la política farmacológica nacional creada a partir de la expedición de la Ley Estatutaria 1751 del año 2015”, adscrito al grupo de investigación en derecho grid de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín.

\*\* Abogado, especialista en Responsabilidad Civil y Seguros y magíster en Bioética y Bioderecho. Docente de la Facultad de Derecho e investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Medellín. Correo electrónico: carlos.gomezgarcia@upb.edu.co.

refirió al tema de las infecciones intrahospitalarias y las dificultades que se tenían con estas cuando el paciente debía retornar a su país de origen próximamente. Comencé a pensar, en torno a este tema, que se debía realizar una revisión del abordaje biojurídico de este tipo de eventos. La segunda motivación fue la posibilidad y al mismo tiempo el honor de poder dirigir el trabajo de grado del entonces estudiante de Derecho de la Universidad Universidad Pontificia Bolivariana y hoy abogado Francisco Corrales, quien se dio a la tarea de revisar de manera exhaustiva los fallos del Consejo de Estado en su escrito “Una concepción diferente frente a la responsabilidad estatal por infecciones nosocomiales”, donde se condenaban instituciones de salud por daños sufridos por pacientes producto de infecciones asociadas al cuidado en salud (IACS)<sup>1</sup>.

Estas dos motivaciones me llevaron a plantear la necesidad de un abordaje del tema desde el bioderecho, ya que, aunque el profesional de salud se comporte en grado sumo con humanismo, profesionalidad, consagración al trabajo, honestidad, dominio científico-técnico y responsabilidad social (Rodríguez Pérez y Sánchez Santos, 2004)<sup>2</sup>, si el paciente demanda a la institución de salud por los daños sufridos, la posición que ha manejado el honorable Consejo de Estado colombiano en su jurisprudencia referente a la responsabilidad estatal por IACS le sería completamente adversa a esta, dado que para esta corporación los medios de defensa del prestador de salud se deben restringir y, aunque esta llegue a acreditar que obró con diligencia y cuidado absoluto en el cumplimiento de los protocolos de higiene y esterili-

<sup>1</sup> Este tema se ha tratado con diversos nombres por parte de la jurisprudencia colombiana, como infecciones intrahospitalarias, nosocomiales o infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS), pero todas estas denominaciones aluden al mismo fenómeno.

<sup>2</sup> “Se concluye que realizar un diagnóstico etiológico acertado de infección nosocomial en un corto período de tiempo ayudará a su prevención y control, para lo cual es necesario, por parte del científico, un alto grado de profesionalidad, basado en principios éticos como son: la consagración al trabajo, la búsqueda perenne de la verdad, habilidades, destreza y dominio científico-técnico de la actividad que realiza, así como un profundo sentido de humanismo y responsabilidad social, ya que esta esfera específica de la actividad científica va más allá de las acciones concretas del diagnóstico en el paciente porque conlleva, además, la protección del medio ambiente en su conjunto” (Rodríguez Pérez y Sánchez Santos, 2004: x).

lización recomendados por las autoridades y la literatura médico-científica, no lograría exonerarse de la responsabilidad que se le endilga.

Esto es así debido a que la jurisprudencia colombiana parte del punto de vista del régimen de responsabilidad objetiva para analizar este asunto y, como lo concluye Corrales Arbeláez (2016), la defensa jurídica de las entidades de salud —pero, en especial, de los hospitales públicos— resulta cercenada y, como eventual consecuencia de ello, las instituciones prestadoras del servicio público de salud resultan condenadas injustamente al pago de una indemnización aun cuando hubieran acreditado que su actuación fue absolutamente diligente frente a su obligación de mantener diezmados los riesgos de infección en su más mínima expresión.

Esta discrepancia entre el deber ser bioético respecto a la cuestión y la postura jurídica de las altas cortes es lo que da origen a este trabajo.

## Materiales y métodos

Este escrito responde a una investigación cualitativa que relaciona la revisión narrativa con métodos transdisciplinarios entre la hermenéutica y la dogmática jurídica, para precisar una reflexión desde el bioderecho respecto a las variables “IACS” y “bioética y bioderecho”, con un intervalo entre los años 1997 y 2017. Para definir el material bibliográfico que hizo parte de este trabajo se utilizaron como criterios, en primer lugar, la jurisprudencia colombiana atinente a la responsabilidad por IACS, y, en segundo lugar, que el material encontrado respondiera a las variables propuestas, que relacionara, preferiblemente, el anterior tema con la bioética y privilegiara las publicaciones indexadas que se encontraran en el intervalo temporal. Como criterios de exclusión estuvieron los artículos que no estaban publicados en revistas indexadas y aquella información que no era proveniente de entidades oficiales. Igualmente, se excluyeron estudios sobre los demás factores de imputación de la responsabilidad civil médica que no tuvieran que ver con el tema señalado y los que no estuvieren en el intervalo temporal.

El desarrollo de este trabajo constó de tres etapas. En un primer momento, se recopiló toda la información atinente al tema planteado; en segundo

lugar, se analizó la información contenida en los textos y se plasmó en un análisis manual; por último, se presenta este texto final. De igual forma, se rastrearón y analizaron fuentes cibergráficas contenidas en bases de datos como Vlex, Legisnet y Lexbase.

## Por qué una visión desde la bioética y el bioderecho de las IACS

América Latina tiene una forma particular de pensar y resolver sus problemas, producto de un constructo particular de visiones culturales, políticas, económicas y religiosas (Castro-Gómez, 2011: 12). América Latina tiene un *ethos* y una identidad cultural que supuestamente la distinguen de la mentalidad europea. Así, nuestra cultura e idiosincrasia se entremezclan con el avance científico y técnico de la sociedad contemporánea, lo que ha obligado a revisar las posturas frente a muchos fenómenos propios de nuestra concepción como humanidad latinoamericana.

En términos de Casado-González, “[l]os enormes avances científicos han supuesto un cambio en la sociedad de carácter cuantitativo y cualitativo de una magnitud tal que han obligado a revisar los planteamientos individuales y colectivos en torno a numerosas cuestiones que afectan al ser humano” (2002: 185). Es por esto que a medida que la ciencia y la medicina avanzan crean nuevos dilemas éticos, morales y jurídicos que la sociedad paulatinamente debe abordar. Así, actualmente hemos presenciado grandes avances de la medicina, en especial del cuidado hospitalario y la asepsia al interior de los quirófanos, pero, como producto de este avance científico, ha surgido un nuevo reto como lo son las infecciones asociadas a dicho cuidado, así como las llamadas bacterias intrahospitalarias y las multirresistentes. Estas han sido precisadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) así:

Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas

después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento (2005: 1).

Estas suponen un nuevo dilema no solamente para la medicina y la biología, sino también para el derecho, pues la aparición de daños a los pacientes ocasionados por estas infecciones no solamente han supuesto una amplísima gama de protocolos y guías para la prevención, sino, además, un sinnúmero de demandas en contra de las instituciones prestadoras de salud. Es decir, este dilema no encuentra su respuesta únicamente por medio de las medidas sanitarias ni de la vigilancia de los entes públicos, ni mucho menos a través de la salud pública o los manuales de procedimiento, ya que, en particular, este es un problema del resarcimiento patrimonial de las víctimas y sus familias mediante los estrados judiciales.

Se debe tener en cuenta que la posición bioética frente a este dilema hoy, en Colombia, no solamente pasa por mejorar los protocolos médico-sanitarios e intentar disminuir los brotes de bacterias asociadas a la atención en salud, sino que, además, tiene que afrontar eventuales procesos judiciales producto de este fenómeno. Desde el punto de vista científico, es imposible erradicar totalmente estas infecciones, lo que añade una dificultad adicional. Así, este tema nos lleva a cuestionar la forma como valoramos los problemas y fines propios de la medicina y el derecho.

Es interesante analizar este problema desde la bioética y el bioderecho como una forma de reconciliar el pensamiento médico y las posibilidades científicas y técnicas con el pensamiento jurídico. En términos de Casado-González, podemos decir: “En este contexto surgió la bioética como una nueva disciplina que, desde un enfoque plural, pusiese en relación el conocimiento del mundo biológico con la formación de actitudes y políticas encaminadas a conseguir el bien social. Como decía V. Potter, la Bioética es ‘el conocimiento de cómo usar el conocimiento’, el puente entre ciencias y humanidades” (2002: 187).

Tradicionalmente, en América Latina los asuntos propios de la bioética tarde o temprano hacen un tránsito hasta convertirse en asuntos jurídicos. Tal ha sido el caso de la eutanasia, las técnicas de reproducción humana asistida o el aborto, solo por nombrar algunos casos. Así, pues, tras el avance científico y su ulterior provecho médico subyace una discusión ética, políti-

ca, moral, ideológica<sup>3</sup> y filosófica que, tarde o temprano, desencadenará en una decisión legislativa o judicial. Es por esto que en el contexto latinoamericano se hace indispensable incorporar un razonamiento desde la bioética no solamente en los procesos de elaboración normativa, sino también en su interpretación y aplicación, como una forma de reconciliar la ciencia con las dimensiones propias de las humanidades y la filosofía; pero, al mismo tiempo, es necesario reconciliar la diversidad de estilos de vida y opciones de pensamiento con el *ethos* médico y sanitario y los descubrimientos científicos y clínicos, el derecho y los fines mismos del Estado.

La delimitación normativa de los sistemas de salud debería considerar situaciones que van más allá de lo estrictamente científico y que pasan por esferas políticas, sociales económicas e incluso religiosas. Así, las situaciones reales frente a la investigación, los avances en la industria farmacéutica, así como la presión sobre los costos de los sistemas de salud, a todo un cúmulo de problemas que deben ser abordados no solamente desde el derecho sino también desde la bioética.

## **Evolución jurisprudencial de la teoría que imputa responsabilidad objetiva institucional derivada IACS en las sentencias del Consejo de Estado**

En la última década del siglo xx, el problema de las infecciones intrahospitalarias pasó de ser un problema propio del entorno clínico a ser un asunto de los estrados judiciales, principalmente a través de la sentencia proferida por el consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo el 22 de octubre de 1997, que dio inicio a una línea jurisprudencial que sacó el tema de las IACS de la esfera científica hacia unas esferas judiciales.

<sup>3</sup> En el mundo, los problemas propios de la bioética traen consigo grandes debates ideológicos frente a los cuales difícilmente podrá existir un consenso; esto ha hecho que en muchas latitudes los gobiernos opten por tener comités asesores de bioética.

Al comienzo, la responsabilidad institucional se miró bajo la idea del régimen de la culpa presunta y se condenó a la institución luego de presentarse una IACS bajo el argumento de que “a la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia” (Consejo de Estado, 1997, citado en Gil Botero, 2013: 818). Para el Consejo de Estado, en esta demanda la entidad de salud tenía la carga de demostrar las precauciones y medidas profilácticas que allí se tomaron para practicar los procedimientos o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las indagaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Para esa misma época, el consejero de Estado Carlos Betancur Jaramillo abordó el tema de forma similar en la sentencia del 6 de noviembre de 1997, expediente 11.782 (Consejo de Estado, 1997 citado en Consejo de Estado, Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014c: 22).

A partir de 2009, la carga para las entidades hospitalarias se agravó a partir de la sentencia del 19 de agosto, con ponencia del consejero Enrique Gil Botero, expediente 17.333, ya que esta modificó la línea jurisprudencial sentada, pues asoció el tema a la responsabilidad objetiva institucional por las IACS derivada del elemento del riesgo; esto es, se catalogan algunos eventos como riesgosos en el ejercicio de la actividad médica y se les clasificó como susceptibles de ser tratados bajo el régimen objetivo de responsabilidad<sup>4</sup>. Al respecto, el Consejo de Estado estableció:

Así las cosas, la obligación médico-hospitalaria tiene origen en diversos actos relacionados con el servicio de atención en salud, según los lineamientos del profesor José Manuel Fernández Hierro, citado por el tratadista Alberto Bueres, en los siguientes términos: [...]

Savatier hablaba de actos médicos y de actos hospitalarios (que se correspondían, respectivamente, con los que en el párrafo anterior identificamos como médicos y paramédicos). Sin embargo, en los últimos años, Fernández Hierro ha ensayado una clasificación que parece más completa. De tal suerte, se distinguen estos supuestos: 1. Actos puramente médicos —que

<sup>4</sup> Este mismo concepto fue reiterado por el mismo magistrado años más tarde, en la sentencia del 25 de marzo de 2011, expediente 20.836.

son los de profesión realizados por el facultativo—; 2. Actos paramédicos — que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste—; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo, suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos —o proporcionarlos por vía oral—, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y el buen estado de salud en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos; 3. Actos extramédicos —están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes— (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2012: 19-20).

Las sentencias del 27 de junio de 2012, expediente 21.661, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, y las posteriores a la del 7 de noviembre de 2012, expediente 26.124 y la del 29 de mayo de 2013, expediente 28.483, del Consejo de Estado, determinan la consolidación del concepto, pues ya se había aceptado la teoría del régimen objetivo de responsabilidad en asuntos en los que se trataba de infecciones nosocomiales, basándose en los planteamientos de las anteriores sentencias del consejero Enrique Gil Botero.

Hacia 2013, la teoría de la responsabilidad objetiva institucional abandonó definitivamente la noción de “falla del servicio”, con la sentencia del consejero Danilo Rojas Betancourth del 29 de agosto de ese año, expediente 30.283, pues se afirmó que el eje del sistema de responsabilidad extracontractual en Colombia no es la noción de falla en el servicio, sino el daño antijurídico. Esto está basado en una larga argumentación en el derecho comparado que muestra una tendencia a la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos de salud que permite que al demandante le sea suficiente demostrar que el daño se derivó de una bacteria adquirida durante su estancia en el hospital (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2013).

Esta sentencia dijo que en el caso de la responsabilidad del Estado por IACS sería el régimen de “riesgo excepcional”, entendido este como un “riesgo-álea”, ya que “esta clase de riesgo toma en consideración la probabilidad de que “cierto tipo de actividades o procedimientos pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores

imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa” frente al particular, dice la sentencia (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2013: 40-45).

Descartada la existencia de una falla probada del servicio, atribuible al Instituto de Seguros Sociales, se pregunta la Sala si la responsabilidad de la entidad demandada puede fundamentarse, tal como lo sugiere la parte actora, en un régimen de falla presunta, en virtud del cual la carga de demostrar que se adoptaron todas las medidas de asepsia, limpieza y esterilización para evitar el hecho dañoso estaría en cabeza del Instituto de Seguros Sociales.

La jurisprudencia del Consejo de Estado admitió en una época esta posibilidad. En efecto, existen algunas pocas decisiones en las cuales esta corporación declaró que, en los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración derivada de infecciones intrahospitalarias, la entidad demandada tiene la carga de demostrar que el daño no ocurrió por su falta de diligencia. Así, en la sentencia del 22 de octubre de 1997, se indicó:

Con la copia de la historia clínica allegada al expediente (fl. 7, cdno. 2) aparece demostrado que Mariela Gutiérrez de Quiroga, quien tenía la condición de afiliada a la entidad demandada, efectivamente fue operada de cataratas en la clínica Fray Bartolomé de las Casas, por cuenta de la Caja de Previsión Social de Bogotá, D. C.; que tres días después de la operación presentó una grave infección y que, al no poder controlarse mediante drogas, a la paciente se le extrajo el ojo derecho y se le implantó una prótesis.

Lo anterior evidencia, entonces, de una parte, la existencia de un daño sufrido por la demandada; y de otra, la relación de causalidad del mismo con la intervención que le fue practicada por la entidad demandada, cuya demostración se cumple simplemente acreditando que el daño sufrido ha sido causado como consecuencia del tratamiento o la intervención practicada por la demandada, sin que implique la demostración de la causa específica que lo determinó.

[...]. A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia.

[...]. Si era probable que la infección hubiese ocurrido en la sala de cirugía, como lo admite la propia médica tratante, la demandada tenía la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Y la falta de dicha prueba, que deja en la indeterminación la causa específica [...] (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014d: 3-4).

En el mismo sentido, esta sentencia expuso que este riesgo no hace parte de la noción de “riesgos del desarrollo”, ya que las infecciones intrahospitalarias, a pesar de ser irresistibles desde el punto de vista fáctico, no son imprevisibles, ya que constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, por lo tanto, corresponde a los hospitales adoptar medidas para subyugar los riesgos que comporta para los pacientes, tal como lo establece el Consejo de Estado:

Las infecciones intrahospitalarias, según ya se señaló, si bien pueden llegar a ser irresistibles, no son imprevisibles pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, además, son prevenibles y controlables, al punto de que la tasa de incidencia de infecciones nosocomiales en los pacientes de un establecimiento determinado es un indicador de la calidad y seguridad de la atención (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2013: 30-31).

Unos años después, el mismo Danilo Rojas Betancourth analizaría este mismo concepto en la sentencia del 30 de abril de 2014, expediente 28.214, y mostró que el tema de la falla del servicio (presunta o probada) y demás factores de atribución más favorables a las entidades de salud ya se encontraban abandonados inicialmente en materia de IACS y manifestó que la teoría del riesgo excepcional —riesgo álea— era la adecuada para el tratamiento del tema<sup>5</sup>. Esta sentencia estableció unos elementos con los cuales

<sup>5</sup> Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado se fija en el régimen de responsabilidad objetiva por la teoría del riesgo excepcional, bajo la siguiente argumentación: “La responsabilidad por infecciones intrahospitalarias en efecto se encuentra apoyada por la teoría del riesgo en la modalidad de riesgo álea. Como se sabe, en esta teoría el que lo crea se le tiene por responsable o como lo dijo nuestra Corte Suprema de Justicia, ‘el deber de reparar el daño dimana de la idea de que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo tiene que respon-

se configurará el elemento de daño para aplicar el régimen objetivo de responsabilidad por IACS, así:

[este] a) tuvo su origen en una infección de origen exógeno al paciente, b) fue ocasionado por una bacteria multirresistente, c) deberá resultar inevitable para la institución la producción del mismo —porque de haber sido evitable se trataría eventualmente de una falla del servicio—, esto es, la constatación de que se ha concretado el riesgo aleatorio al que están sometidos los usuarios del sistema de salud (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014a: 41).

La entidad de salud tiene que asumir el riesgo de la adquisición de una IACS no por una imputación subjetiva (culpa o dolo) al prestador de servicios de salud, sino por una “atribución general de responsabilidad”, asociada al papel que debe cumplir el Estado de prestar el servicio público de salud para garantizar dicho derecho fundamental. Finalmente, el Consejo de Estado hace un llamado a las autoridades administrativas y legislativas, en la sentencia del 30 de abril de 2014, para que tomen las medidas correspondientes para “tratar adecuadamente los remedios necesarios orientados a enfrentar conjuntamente el problema de las IACS” (Sentencia que resuelve recurso de apelación —reparación directa—, 2014b: párr. 62).

En la sentencia del 11 de junio de 2014, expediente 27.089, del magistrado Hernán Andrade Rincón, se plantea que la forma de la exoneración para la entidad demandada podría haber sido acreditar cualquiera de los eventos establecidos por la doctrina de causa extraña. Así se manifiesta en la sentencia:

Ese mismo marco conceptual impone entender que es a la entidad demandada a quien correspondía demostrar —en este caso concreto—, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de exoneración, como fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima, y ocurre que ninguna de es-

der de las consecuencias de su realización independientemente o abstracción hecha de la consideración de culpa”. (Corrales-Arbeláez, 2016: 10)



tas causales eximentes de responsabilidad ha sido acreditada en el plenario (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014b: 19).

La sentencia del 10 de septiembre de 2014, expediente 27.771 del consejero ponente Hernán Andrade Rincón, termina por aceptar como tesis, la posición mayoritaria del Consejo de Estado en torno a la responsabilidad objetiva adoptando la teoría del “riesgo excepcional”, propiamente en su modalidad de “riesgo álea”. Así lo manifiesta el Consejo de Estado en la referida sentencia:

[...] quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente; ésta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección, para el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero (Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, 2014c: 32).

La tabla que se expone a continuación marca el recorrido de la consolidación de la responsabilidad objetiva institucional en materia de IACS.

**Tabla 2.** Evolución de la discusión sobre las infecciones asociadas al cuidado en salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Fecha	Falla de servicio	Riesgo excepcional
	En este tipo de sentencias los consejeros entendían que le correspondía al demandante probar una falla en la prestación del servicio de salud y que por ende la entidad tenía todas las posibilidades de defensa abiertas para probar tanto la diligencia y el cuidado como la causa extraña.	En este tipo de sentencias se afirma que la responsabilidad se deriva de un riesgo álea y por ende el demandante solo deberá probar que la infección ocurrió en un ambiente hospitalario, es decir, se aligera la carga para el demandante, mientras que la entidad de salud demandada solamente se puede exonerar demostrando causa extraña, ya que la prueba de la diligencia y el cuidado no es de recibo.

Fecha	Falla de servicio	Riesgo excepcional
Oct/22/97	Exp. 11607 C. P. Carlos Betancur Jaramillo	
Nov/06/97	Exp. 11782 C. P. Carlos Betancur Jaramillo	
Ago/19/09		Exp. 17333 C. P. Enrique Gil Botero
Feb/10/2000	Exp. 11878 C. P. Alier Eduardo Hernández E.	
Feb/08/2001	Exp. 12792 C.P. Alier Eduardo Hernández E.	
Mar/25/11		Exp. 20836 C. P. Enrique Gil Botero
Jun/27/12		Exp. 21661 C. P. Mauricio Fajardo Gómez
Ago/29/13		Exp. 30283 C. P. Danilo Rojas Betancourth
Abr/30/14		Exp. 28214 C. P. Danilo Rojas Betancourth
Jun/11/14		Exp. 27089 * C. P. Hernán Andrade Rincón
Sep/10/14		Exp. 27771 C. P. Hernán Andrade Rincón
Sep/29/2015		Exp. 21774 C. P. Stella Conto Díaz del Castillo
* Se debe resaltar que la sentencia, al desarrollar los conceptos de “daño antijurídico”, “riesgo excepcional” y “justicia distributiva”, es la que más gravemente limita las posibilidades de defensa de las entidades de salud, ya que no admite el caso fortuito como una causal de exoneración, situación que sería corregida en sentencias posteriores.		

Fuente: Elaboración propia, siguiendo las pautas para la elaboración de líneas jurisprudenciales de López-Medina (2001).

Esta tabla muestra claramente que la evolución de la jurisprudencia del alto tribunal en materia de lo contencioso administrativo se ha orientado a la condena de las entidades de salud y paulatinamente ha limitado sus medios de defensa frente al tema.

## Discusión

El primer punto para la discusión en torno a esta jurisprudencia es que las entidades de salud tienen la obligación tanto jurídica como bioética de disminuir los riesgos existentes de contagio por IACS y no de exterminarlas por completo, pues se les estaría imponiendo una obligación tanto jurídica como biológicamente imposible de cumplir. Si bien estas bacterias son prevenibles y controlables, no existe garantía científica de su desaparición en los centros de salud. Es decir, aun cuando se cumplen todos los protocolos de asepsia, higiene y esterilización ordenados, no es posible garantizar una erradicación absoluta de las mismas.

Es importante resaltar que la tesis del Consejo de Estado también es dominante en países como Francia, Argentina, Chile y España, en los cuales es evidente que el juez colombiano se apoya para cambiar la jurisprudencia. No obstante, se puede proponer la discusión frente a qué tan aplicables son estos argumentos para nuestro derecho interno, ya que el manejo que se le da a este tema en otros países no es a través de la responsabilidad, sino más bien de un sistema de seguridad social en el que se toman recursos del Estado destinados exclusivamente para este fin y con esto se repara a las víctimas de las infecciones nosocomiales (Corrales-Arbeláez, 2016). En este sentido, es reprochable la posición de nuestro alto tribunal, ya que parte de un presupuesto científico cuestionable, como lo es el de la posibilidad técnica de erradicación de la totalidad de las bacterias.

Igualmente, es discutible que la peligrosidad que se plantea para el riesgo álea no pase tanto por un juicio científico como ético de la condena, ya que el riesgo bacteriano constituye una peligrosidad potencial para los pacientes, incluso si la institución, desde el punto de vista clínico-científico, lo hace de la manera más responsable y conforme a la *lex artis*. De hecho, estos riesgos en nada favorecen a la entidad pública, sino que únicamente benefician a los destinatarios de la prestación de salud, lo cual muestra una descoordinación entre los presupuestos éticos y científicos con lo planteado por la tesis mayoritaria del Consejo de Estado.

## Conclusiones

Desde 2009 hasta la fecha, el Concejo de Estado ha venido aceptando el régimen de responsabilidad objetivo por la teoría del riesgo excepcional en su modalidad de riesgo álea, y ha abandonado para estos casos el régimen de falla del servicio en los casos donde se presentan IACS, lo cual ha agravado sustancialmente el régimen de responsabilidad de las entidades de salud. La propuesta de un fondo solidario para la indemnización de víctimas de las IACS o el seguro obligatorio de responsabilidad médica son soluciones más loables y deben pensarse a futuro.

La conclusión más importante con respecto al tratamiento que ha dado la sección tercera del Consejo de Estado al tema de la responsabilidad estatal por infecciones asociadas al cuidado de la salud es que tal tratamiento no se compadece con la realidad económica del sector salud, pues le impone una carga a los hospitales estatales que no ha sido presupuestada y que va en absoluto detrimento de las funciones propias y de las obligaciones que sí deben cumplir este tipo de entidades, pues se deben tomar recursos que, en principio, estarían destinados a curar enfermos para el pago de indemnizaciones injustas, pues estas no surgen de la debida prueba de la imprudencia o del error médico, sino de una injusticia disfrazada de solidaridad o beneficencia.

Lo que se puede concluir, después del estudio de estos pronunciamientos jurisprudenciales, es que en el ámbito económico existe una primacía del interés particular sobre el interés general, pues los recursos que debían destinarse al tratamiento o la atención de las enfermedades de muchos tienen que ser destinados a la reparación de los daños de unos pocos y que las entidades prestadoras del servicio de salud no han causado. Las entidades estatales no tienen dolientes y por ello estas decisiones no acontecen en el derecho privado.

Otra conclusión importante es que las bacterias resistentes a los antibióticos pueden ser halladas en cualquier lugar del planeta tierra. No puede afirmarse absolutamente que las bacterias multirresistentes solamente se encuentren en los hospitales o centros de salud, pues el irracional uso que hacemos los ciudadanos de los medicamentos antibióticos y el que hacen las industrias agropecuarias nos lleva a que todos los días y por todas partes se estén viendo nuevos casos de mutaciones bacterianas.

Infectarse por una bacteria intrahospitalaria, siempre que no sea por incumplimiento de los protocolos higiénico-sanitarios, no es un daño antijurídico; es un daño que quien elige someterse al sistema de salud, para intentar curar o aliviar algún padecimiento, tendrá que estar en capacidad de soportar, pues si no lo está no debería elegir tener ningún contacto con el sistema de salud y tampoco tener la oportunidad que la ciencia médica puede brindarle. Esto es un riesgo inherente a la ciencia médica y quien se somete a sus bondades y desarrollos tendrá que asumir el paquete completo de beneficios y riesgos. Debe enfatizarse que, aunque un ciudadano elija no tener ningún contacto con el sistema de salud, de todas maneras seguirá latente el riesgo de contraer una bacteria multirresistente, ya que estas se encuentran en todos lados.

Si el paciente entrare al hospital con una enfermedad que tenga algún potencial dañino, esto es, enfermedades que puedan causar alguna lesión permanente o la muerte del mismo, se tendrá la facultad de elegir: 1) someterse al tratamiento que le pueda brindar el centro de salud, asumiendo el riesgo de adquirir una bacteria intrahospitalaria o 2) someterse a los riesgos propios de su enfermedad sin tratamiento. Esto tendrá que ser una elección del paciente y, por lo tanto, ambos riesgos tendrán que ser asumidos por el mismo. Lo anterior parte de la base de que la institución hospitalaria cumple con los protocolos de sanidad: si los incumpliera y el paciente resultara infectado en esta institución, estaríamos evidentemente en el escenario de una falla del servicio imputable a la entidad.

No se quiere, con lo mencionado en este escrito, llegar al absurdo de que las entidades prestadoras del servicio de salud no respondan por las faltas de cuidado en el control (o disminución) de las bacterias existentes en sus instalaciones. Tampoco se pretende que las víctimas que han sido infectadas con bacterias intrahospitalarias, habida cuenta de las negligencias cometidas por los prestadores del servicio de salud, no sean reparadas por ausencia de la compleja prueba del incumplimiento de los protocolos médico-sanitarios.

Por lo anterior, lo que se propone es que la institución procesal menos lesiva para ambos extremos, en los casos de responsabilidad estatal por IACS, sería acoger el régimen de falla del servicio presunta, de tal manera que a la parte demandante le corresponda acreditar que sufrió un daño como consecuencia de una bacteria intrahospitalaria y a la entidad demandada

le corresponda, para exonerarse, acreditar que cumplió con todos los protocolos de control de bacterias. También podrá la entidad, para exonerarse de responsabilidad, demostrar cualquiera de los eventos de causa extraña, a saber: caso fortuito, fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho exclusivo de un tercero.

## Referencias

- Casado-González, M. (2002). ¿Por qué bioética y derecho? *Acta Bioethica*, 8(2), 183-193. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2002000200003>.
- Castro-Gómez, S. (2011). *Critica de la razón latinoamericana*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Corrales-Arbeláez, F. J. (2016). *Una concepción diferente respecto de la responsabilidad estatal por infecciones nosocomiales*. Trabajo de grado para obtener título de Abogado. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Gil Botero, E. (2013). *Tesaurus de responsabilidad extracontractual del Estado* (vol. 1). Bogotá: Temis.
- Organización Mundial de la Salud (2005). *Prevención de las infecciones nosocomiales. Guía práctica*. (G. Ducel, J. Fabry y L. Nicolle, eds.). Malta.
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, C. P. Enrique Gil Botero, 9 de mayo de 2012).
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 25000 2326 000 2001-01343 01 (30283) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C. P. Danilo Rojas Betancourth, 29 de agosto de 2013).
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 250002326000200101960 01 (28214) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C. P. Danilo Rojas Betancourth, 30 de abril de 2014a).
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 25000-23-26-000-1998-02268-01(27089) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P. Hernán Andrade Rincón, 11 de junio de 2014b).
- Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 250002326000199511369 01 (27771) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P. Hernán Andrade Rincón, 10 de septiembre de 2014c).

Recurso de Apelación Acción de Reparación Directa, No. 250002326000199613709 01 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, C. P. Hernán Andrade Rincón, 25 de junio de 2014d).

Rodríguez Pérez, A. U. y Sánchez Santos, L. (2004). Infección nosocomial. Algunas consideraciones éticas en el diagnóstico microbiológico. *Revista Cubana de Higiene y Epidemiología*. Disponible en: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S1561-30032004000300007&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S1561-30032004000300007&script=sci_arttext&tlng=pt).



SU OPINIÓN



Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto. La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos. Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565 o vía e-mail a [editorial@upb.edu.co](mailto:editorial@upb.edu.co) Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación, su nombre, e-mail y número telefónico.

Esta obra se publicó  
en archivo digital en el mes  
de agosto de 2019.

---

Esta obra presenta los resultados de investigaciones adelantadas por el Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Así, el lector encontrará trabajos que tratan los debates constitucionales contemporáneos, los retos de la educación y formación de juristas, estudios sobre sujetos de especial protección constitucional y estudios sobre el derecho a la salud. Todos estos, abordados desde las líneas de investigación del Grupo: Derecho, Sociedad y Mercado; Relaciones Internacionales, Derecho Internacional y Derechos Humanos, y Conflicto, Proceso y Justicia, le apuestan a una mirada crítica de la realidad jurídica y sus impactos sociales, económicos y políticos.

Con este primer número de la Colección de Estudios en Derecho, Sociedad y Mercado del Grupo de Investigaciones en Derecho se pretende abrir el camino para la publicación periódica de los resultados de las investigaciones que se adelantan en el Grupo y de la comunidad científica en general. Así, comprometidos con la generación de conocimiento y su transferencia, el Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana le apuesta a la transformación social y al mejoramiento de las condiciones de vida de la región y el país.

---



ISBN: 978-958-764-684-9  
<https://repository.upb.edu.co/>