

The background is a solid orange color. A white graphic element consists of a vertical line on the left side, a horizontal line extending from it, and another vertical line extending downwards from the horizontal line. Small white circles are placed at the intersections of these lines. A large, semi-transparent orange circle is positioned behind the main title.

Derechos en movimiento

Desafíos y oportunidades en
la protección de los derechos
fundamentales en Colombia
y el Sistema Interamericano

Carlos Andrés García Velásquez
(Compilador)

AREANDINA

Fundación Universitaria del Área Andina

Derechos en movimiento

Desafíos y oportunidades en la
protección de los derechos
fundamentales en Colombia
y el Sistema Interamericano

Carlos Andrés García Velásquez
(Compilador)

**Nubia Carolina Rodríguez Bejarano, Nini Jhohanna Becerra
González, Carlos Andrés García Velásquez, Laura Luz Ceballos
Herrera, Lady Vanessa Ramírez Morales, Yesica Castaño
Hernández, Carolina Girón Cárdenas, María Alejandra
Quintero Muñoz, Carlos Ariel Moreno Vergara, Leticia Méndez
Mosquera, Jessica Paola Perilla Muñoz, Diana Carolina
Valencia Bonilla, Laura Vanessa Díaz Villa, Gladys Rosa Villa
Moreno, Mauricio Díaz Mosquera**

AREANDINA

Fundación Universitaria del Área Andina

García Velásquez, Carlos Andrés

Derechos en movimiento: Desafíos y oportunidades en la protección de los derechos fundamentales en Colombia y el sistema interamericano / autor Carlos Andrés García Velásquez, Nubia Carolina Rodríguez Bejarano (y otros 7 autores) – Bogotá: Fundación Universitaria del Área Andina, 2023
ISBN (Digital) 978-958-5139-87-9
Incluye índice.

1. Derechos humanos. - 2. Servicios de salud para mujeres. - 3. Control de constitucional.
- 4. Derechos civiles – Aspectos religiosos.

Catalogación en la publicación Biblioteca Fundación Universitaria del Área Andina (Bogotá)

323 scdd22

Derechos en movimiento. Desafíos y oportunidades en la protección de los derechos fundamentales en Colombia y el Sistema Interamericano

© Fundación Universitaria del Área Andina. Bogotá, noviembre de 2023

© Carlos Andrés García Velásquez, Nubia Carolina Rodríguez Bejarano, Nini Jhohanna Becerra González, Laura Luz Ceballos Herrera, Lady Vanessa Ramírez Morales, Yesica Castaño Hernández, Carolina Girón Cárdenas, María Alejandra Quintero Muñoz, Carlos Ariel Moreno Vergara, Leticia Méndez Mosquera, Jessica Paola Perilla Muñoz, Diana Carolina Valencia Bonilla, Laura Vanessa Díaz Villa, Gladys Rosa Villa Moreno, Mauricio Díaz Mosquera

ISBN (digital): 978-958-5139-87-9

Fundación Universitaria Área Andina

Calle 71 No. 13-21, Bogotá, Colombia

Correo electrónico: publicaciones@areandina.edu.co

Proceso editorial

Dirección editorial: Omar Eduardo Peña Reina

Coordinación editorial: Camilo Andrés Cuéllar Mejía

Diagramación: Proceditor

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra y su tratamiento o transmisión por cualquier medio o método sin autorización escrita de la Fundación Universitaria del Área Andina y sus autores.

BANDERA INSTITUCIONAL

Pablo Oliveros Marmolejo †

Gustavo Eastman Vélez

Miembros Fundadores

Carlos Patricio Eastman Barona

Presidente de la Asamblea General y Consejo Superior

José Leonardo Valencia Molano

Rector Nacional y Representante Legal

Martha Patricia Castellanos Saavedra

Vicerrectora Nacional Académica

Karol Milena Pérez Calderón

Vicerrectora Nacional de Crecimiento y Desarrollo

Erika Milena Ramírez Sánchez

Vicerrectora Nacional Administrativa y Financiera

Mauricio Andrés Hernández Anzola

Vicerrector Nacional de Experiencia y Felicidad

Felipe Baena Botero

Rector - Seccional Pereira

Gelca Patricia Gutiérrez Barranco

Rectora - Sede Valledupar

María Angélica Pacheco Chica

Secretaria General

Omar Eduardo Peña Reina

Director Nacional de Investigaciones

Carlos Eduardo Saraza Gómez

Decano Facultad de Derecho

Carlos Andrés García Velásquez

Director Seccional de Posgrados

Facultad de Derecho

Seccional Pereira

Camilo Andrés Cuéllar Mejía

Subdirector Nacional de Publicaciones

Tabla de contenido

Presentación9

Nini Jhohanna Becerra González
Carlos Andrés García Velásquez

Capítulo 1

Derecho innominado a ser intentado respecto al acceso a medicamentos y tratamientos experimentales en pacientes diagnosticados con enfermedades graves, catastróficas, huérfanas y/o raras en Colombia13

Carolina Rodríguez Bejarano
Laura Luz Ceballos Herrera
Lady Vanessa Ramírez Morales
Yesica Castaño Hernández

Capítulo 2

Tensión entre el derecho a la libertad religiosa y de cultos y la libertad de expresión en los lugares de congregación, de acuerdo con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad49

Carolina Girón Cárdenas
María Alejandra Quintero Muñoz
Carlos Andrés García Velásquez

Capítulo 3

La validez jurídica y probatoria de la evidencia digital en el procedimiento administrativo colombiano: afectación a derechos fundamentales.....77

Carlos Ariel Moreno Vergara
Nini Jhohanna Becerra González

Capítulo 4

Glifosato: efectos de su aspersión en la salud reproductiva de las mujeres en el territorio colombiano y la responsabilidad del Estado ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 121

Leticia Méndez Mosquera

Jessica Paola Perilla Muñoz

Diana Carolina Valencia Bonilla

Capítulo 5

Control de convencionalidad y la protección de los derechos de las comunidades étnicas en Colombia 163

Laura Vanessa Díaz Villa

Gladys Rosa Villa Moreno

Mauricio Díaz Mosquera

Presentación

“En algún lugar, algo increíble está esperando ser conocido”.

Carl Sagan

Es indiscutible que los sistemas educativos requieren del desarrollo de competencias acordes a la realidad actual, caracterizada por las pocas certezas, el fluido indiscriminado de la información en un mundo globalizado, la modernidad, que en términos de Zygmunt Bauman es cada vez más líquida y menos sólida, lo que implica y requiere del desarrollo del pensamiento reflexivo, crítico y propositivo.

En este marco, cobran sentido los procesos de investigación formativa y aplicada que se desarrollan desde los posgrados de la Facultad Nacional de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina, no como un requisito de los planes de estudio sino como la maravillosa posibilidad de acercar a los estudiantes a la identificación de fenómenos sociojurídicos desde aristas que seguramente aún no habían sido exploradas.

Dicho acercamiento invita a la identificación de problemas epistemológicos propios de las ciencias sociales, específicamente de las ciencias jurídicas, asumiendo entonces aquello que plantea Hugo Cerda, “La ciencia es una cadena ininterrumpida de problemas y de interrogantes. Esta es la medida del cambio, del desarrollo y la evolución”.

Es así como los textos que encontrarán en este libro, partieron de descubrir problemas instaurados en el ámbito constitucional y convencional, de rondarlos, plantearlos e interrogarlos, de entender que los fenómenos no emergen deliberadamente, que lejos de ello existen unas causas y determinantes que los producen, lo que nos ubica en la búsqueda de la construcción del conocimiento, no con el deseo de anclar en un saber definitivo, sino, como bien lo dijo Edgar Morin, considerando el conocimiento como “navegar por archipiélagos de certezas en un océano de incertidumbre”.

Los invitamos entonces a disfrutar los cinco capítulos que componen esta obra y que se presentan sucintamente a continuación, bajo el

convencimiento de que investigar es una tarea inaplazable para todos aquellos que se enmarcan en la academia, y que el escenario posgradual debe desplegar un rol activo frente a dicha función sustantiva que también es de orden social.

Inicialmente, el Capítulo 1 aborda el derecho fundamental “a ser intentado” o “*right to try*”, en el contexto de las enfermedades huérfanas, graves y catastróficas, evidenciando que, pese a los esfuerzos realizados por la Corte Constitucional para la tutela efectiva de este derecho, aún existen limitaciones en el acceso a tratamientos innovadores y atención médica de calidad, por lo que se discute, desde un enfoque jurídico y ético, la necesidad de contar con un marco regulatorio adecuado que proteja los derechos de los pacientes, realizando un especial énfasis en su autonomía y autodeterminación.

En el Capítulo 2, se plantea la colisión de derechos fundamentales y su ponderación en casos concretos, en particular, se analiza la tensión existente entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad religiosa y de cultos, proponiendo una solución que permita garantizar su pleno ejercicio sin menoscabo. Así, se presentan los desafíos y oportunidades en el equilibrio entre ambas libertades en un contexto social y político complejo a través de la aplicación de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La validez jurídica y probatoria de la evidencia digital en el procedimiento administrativo colombiano es desarrollada en el Capítulo 3, tema de indiscutible relevancia frente al papel actual de la justicia en la innovación digital y la acelerada implementación de las TIC en las actuaciones judiciales. Este contexto ha evidenciado la necesidad de desarrollar herramientas digitales que permitan garantizar derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, haciendo un llamado a las entidades del Estado a promover una justicia digital efectiva y defensora de las garantías constitucionales.

El Capítulo 4 se centra en los efectos de la aspersión del glifosato en la salud reproductiva de las mujeres en Colombia, tema crítico que se analiza paralelamente con la responsabilidad del Estado ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la falta de protección y garantía de los derechos humanos consagrados en la Convención. Así

mismo, se presentan recomendaciones para amparar los derechos de las mujeres afectadas por el uso del herbicida, abordando retos primordiales que emergen de esa responsabilidad estatal y de la reparación a las víctimas.

Finalmente, en el capítulo de cierre, se aborda el control de convencionalidad frente a la protección de la identidad cultural, autonomía, territorio y derechos humanos en general de las comunidades étnicas en Colombia. Se resalta la trascendencia del tema a raíz de la discriminación y exclusión histórica de que ha sido víctima esta población, por lo que la protección de sus derechos, su cultura y tradiciones resulta fundamental para la construcción de una sociedad más justa e inclusiva, además de constituirse en otra contribución destacada al debate sobre la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano.

Nini Jhohanna Becerra González

Docente de posgrados
Facultad Nacional de Derecho
Fundación Universitaria del Área Andina

Carlos Andrés García Velásquez

Director de posgrados, Seccional Pereira
Facultad Nacional de Derecho
Fundación Universitaria del Área Andina

Capítulo 1

Derecho innominado a ser intentado respecto al acceso a medicamentos y tratamientos experimentales en pacientes diagnosticados con enfermedades graves, catastróficas, huérfanas y/o raras en Colombia

Carolina Rodríguez Bejarano¹

Laura Luz Ceballos Herrera²

Lady Vanessa Ramírez Morales³

Yesica Castaño Hernández⁴

1 Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Magíster en Defensa de los DDHH y el DIH ante cortes, tribunales y organismos internacionales. Especialista en Derecho Administrativo. Investigadora Asociada reconocida por Minciencias. https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001101854. Docente Posgrados. Fundación Universitaria del Área Andina, seccional Pereira. Correo: nrodriguez129@areandina.edu.co

2 Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina, seccional Pereira. Correo: lceballos19@estudiantes.areandina.edu.co

3 Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina, seccional Pereira. Correo: lramirez1173@estudiantes.areandina.edu.co

4 Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina, seccional Pereira. Correo: ycastano19@estudiantes.areandina.edu.co

Resumen

Este artículo tiene como propósito analizar cuál ha sido el papel del Estado colombiano en el sector salud para garantizar el derecho a ser intentado reconocido por la Corte Constitucional colombiana, abordando así la problemática existente entre la falta de políticas públicas y recursos en salud que conlleva a la imposibilidad de que el paciente acceda a procedimientos, medicamentos y tratamientos experimentales para el manejo de su enfermedad.

Así mismo, se expone en el presente documento cómo la Constitución colombiana como catálogo abierto, permite la garantía de nuevos derechos no consagrados expresamente pero que jurídicamente se encuentran amparados, como el derecho a ser intentado, hoy materializado y reconocido como derecho fundamental en sede de tutela en sentencia T-057 de 2015, la cual lo reconoce con el propósito de dispensar protección preferente de los pacientes que padecen enfermedades huérfanas, graves, catastróficas y/ raras.

Palabras clave: Derecho innominado, derecho a ser intentado, enfermedad huérfana, tratamiento experimental.

Introducción

A partir de la Constitución de Colombia del año 1991, y con la jurisprudencia nacional, se han alcanzado algunos avances significativos respecto a los derechos fundamentales, en especial a partir del alcance del artículo 94 constitucional, el cual ha permitido ampliar el reconocimiento de nuevos derechos que pese a que no se encuentran contemplados en nuestra Carta Magna, como lo es el “que sea intentado”, han posibilitado una protección más amplia derecho a la salud, con base en el reconocimiento del carácter interdependiente y conexo de este derecho con otros, como es el caso de la vida y la dignidad humana.

En la actualidad, la discusión de cómo ponderar los derechos a la salud con la vida, integridad y dignidad humana de quienes padecen enfermedades poco comunes y de difícil diagnóstico, encuentra en el reconocimiento del *right to try*, o “derecho a ser intentado”, una posibilidad de brindar alternativas a quienes las padecen de poder acceder

al uso de tratamientos o medicamentos que se encuentren en etapa de experimentación, procedimientos que se pueden realizar tanto en Colombia como en el extranjero. El origen de este derecho se remonta al año de 2007. Según Herrera y Gómez (2021), la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia, en el caso *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs and Washington Legal Foundation, appellants vs. Eschenbach*, y posteriormente en las leyes federales de Colorado, Montana, Missouri, Arizona y Louisiana, se allanó el camino para lograr que la personas con enfermedades terminales, accedan a prácticas experimentales y tratamientos aun cuando no se encuentren aprobados por la FDA (Food and Drug Administration).

Posteriormente en el año 2018, el presidente de los Estados Unidos de ese entonces, Donald Trump, aprobó el *Right to Try Act*, que permite a los pacientes que han sido diagnosticados con enfermedades o condiciones potencialmente mortales y han probado todas las opciones de tratamiento aprobadas sin éxito y que no pueden participar en un ensayo clínico, a que accedan a ciertas opciones de tratamiento en investigación. Es decir, busca que los pacientes puedan tener acceso bajo ciertos parámetros a medicamentos elegibles. Actualmente la FDA ha precisado que a partir de lo previsto en el *Right to Try Act*, el paciente debe:

1. Haber sido diagnosticado con una enfermedad o condición potencialmente mortal.
2. Agotar las opciones de tratamiento probadas y no poder participar de ensayos clínicos.
3. Proporcionar su consentimiento informado.

En cuanto a los medicamentos o fármacos elegibles, es preciso tener en consideración: si han completado fase clínica, o no han sido autorizados para ningún uso; se ha presentado una solicitud ante la FDA o está bajo investigación de ensayo clínico; o si su desarrollo activo o producción está en curso. Finalmente, debe tratarse de medicamentos cuyo uso no ha sido descontinuado por el fabricante ni puesto en suspensión clínica por la FDA.

En Colombia, el derecho a ser intentado encuentra su precedente más concreto en la Sentencia T-057 de la Corte Constitucional (2015), pues a pesar de la existencia de la Ley 1392 de 2010,⁵ y la Ley estatutaria 1751 de 2015 que reconoce la condición de sujeto de protección especial a todo paciente que padece enfermedades conocidas como “huérfanas”. No es menos cierto que estas medidas han sido insuficientes en muchos casos, y acudir a la acción de tutela se convierte en una posibilidad de obtener acceso y protección al derecho fundamental a la salud en conexidad a la vida en condiciones dignas en estos casos.

En la investigación de Mancera (2021, citando a Guerrero, 2020), se hace énfasis en que este derecho debe garantizar el acceso a medicamentos para el tratamiento de las enfermedades huérfanas en Colombia, debido a que generalmente estos medicamentos en la mayoría de los casos “no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y son muy costosos” (p. 24). De ahí que resulte importante el análisis hecho por Agudelo y Arenas (2021), quienes afirman que para que exista una verdadera eficacia del derecho a ser intentado, se debe presentar una reforma legislativa en el tema de la salud, orientada a eliminar las barreras de acceso a los procedimientos experimentales.

No obstante, es necesario seguir avanzando en la búsqueda de estrategias que permitan garantizar a quienes padecen enfermedades graves, catastróficas, huérfanas y/o raras, no solo el acceso a tratamientos experimentales que no estén contemplados en nuestro sistema de salud para contribuir al aumento de su pronóstico, sino que también permitan mejores condiciones de vida propia y de sus cuidadores, quienes generalmente también enfrentan afectaciones emocionales, económicas y laborales en este proceso. Es decir, de un lado, el derecho a ser intentado no se agota en la posibilidad de garantizar el acceso a tratamiento o medicamentos, sino que debe implicar además medidas adecuadas dirigidas tanto al paciente como a su núcleo familiar.

Autores como Flores (2017), con respecto al carácter amplio de las afectaciones causadas por este tipo de enfermedades, sostienen que:

5 Por medio de la cual se reconocen las enfermedades huérfanas como de especial interés y se adoptan normas tendientes a garantizar la protección social por parte del Estado colombiano a la población que padece de enfermedades huérfanas y sus cuidadores.

() los cuidadores de los pacientes sufren en sí mismos la enfermedad de sus familiares de distinta manera en función del parentesco, las características de la enfermedad y del estado de cada paciente. Resulta llamativo que no se hayan encontrado referencias bibliográficas en España que cuantifiquen bajo una perspectiva de los cuidadores, el impacto de éstas y otras enfermedades raras (p. 166).

En este mismo sentido, Revelo (2021), acerca la importancia de la previsión de las afectaciones al núcleo familiar, afirma que:

Los estudios revisados permiten concluir que se está en la búsqueda de darle el reconocimiento y la atención no solo a los pacientes sino a sus familiares, desde una perspectiva de atención integral sociosanitaria, aspecto que aún se encuentra en pleno proceso de fortalecimiento y desarrollo (pp. 73-74).

En el presente trabajo se pretende identificar cuáles han sido las garantías constitucionales que existen en Colombia para garantizar el derecho innominado a ser intentado, en cuanto al acceso a medicamentos y tratamientos experimentales, en pacientes con diagnóstico de enfermedades graves, catastróficas, huérfanas y/o raras.

Marco teórico

El derecho a la salud no ha sido reconocido de manera expresa como derecho fundamental en los tratados internacionales ni en la Constitución Política de Colombia. El reconocimiento expreso que se ha hecho de él ha sido como derecho económico, social, cultural y ambiental (DESCA). Este hecho ha tenido grandes implicaciones en cuanto a su justiciabilidad tanto en escenarios internacionales como de derecho interno de los Estados.

De un lado, en el ámbito internacional como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la justiciabilidad de estos derechos es de gran importancia, debido a que por mucho tiempo se ha discutido en la doctrina si estos derechos tienen o no una justiciabilidad directa, debido al carácter progresivo y prestacional que tiene origen en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CASDH).

Sobre el particular, Langford (2008), en cuanto a las objeciones de la justiciabilidad de los DESC, planteadas por VIERDAG en su obra de 1978, titulada “The legal nature of the rights granted by the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, advierte que estas pueden resumirse en dos objeciones: 1) no se trataba de derechos inherentes; y 2) no son justiciables porque desarrollan temas de política y no de derecho. Sin embargo, dichas objeciones han sido superadas en la actualidad por el reconocimiento que se ha hecho de estos derechos especialmente en los diversos tratados internacionales de derechos humanos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los cuales se derivan obligaciones concretas para los Estados parte.

Acerca del carácter de prestacional de los DESC, Parra (2011) señala que es un error categórico referirse al concepto de derechos prestacionales, tal y como lo afirma la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T – 760 de 2008, pues todos los derechos son duales en cuanto que llevan implícitas facetas prestacionales y facetas no prestacionales.

En este punto, bajo el entendido de la existencia de obligaciones internacionales respecto de los DESC y en cuanto las consecuencias de su incumplimiento, es importante considerar los desarrollos del sistema interamericano sobre el particular, en donde podemos encontrar en un principio un escenario que sentó las bases de la responsabilidad indirecta por vía de conexidad y otro de responsabilidad directa *per se*, tal y como lo advierte Ferrer Mac Gregor (2017). En cuanto a los escenarios de responsabilidad indirecta, este autor afirma que esta lectura debe hacerse a partir de los principios de interdependencia e indivisibilidad respecto de los derechos civiles y políticos, argumento que se planteó en el caso Acevedo Buendía Vs Perú (2009) al señalar que los derechos civiles y políticos y los DESC deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes.

Esta visión integracionista resultó relevante pero no se tradujo en posibilidades reales de exigibilidad directa. Más bien abrió el camino para un escenario de exigibilidad indirecta porque el fundamento que justifica tal protección en últimas es la amenaza o afectación que pudiese

causarse a derechos sobre los cuales existe una protección concreta en el Sistema Interamericano. Lo anterior se traduce en la falta de tutela autónoma de estos derechos. Este escenario no dista de lo que ha ocurrido, por ejemplo en la Corte Constitucional colombiana, donde a su juicio, algunos derechos bajo la figura de la “conexidad” dieron lugar al reconocimiento de la categoría de derechos fundamentales por conexidad. Es el caso de la sentencia T-491 de 1992, los cuales definió como aquellos que sin ser definidos de manera expresa como fundamentales en nuestra Constitución:

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. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida. El derecho a la seguridad social está vinculado directamente con el derecho fundamental al trabajo, siendo emanación suya la pensión de vejez.

Teniendo en cuenta este enfoque, en el caso de la jurisprudencia interamericana se avanzó en la garantía de derechos como la salud¹, la seguridad social, la educación, los derechos sindicales, derecho al trabajo en condiciones justas, el derecho al medio ambiente, entre otros.

Sin embargo, la tendencia actual es que de manera escalonada se ha empezado a optar por el reconocimiento de la justiciabilidad directa⁶ de estos derechos a través del concepto “derecho autónomo”. Por ejemplo, la Corte Interamericana en el Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. (2018), se acude al reconocimiento de dos tipos de obligaciones que emanan del artículo 26 de la Convención Americana unas medidas generales⁷

6 A partir de lo previsto, por ejemplo, en el caso Lagos del Campo Vs. Perú.

7 A juicio de la Corte Interamericana, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs. Ello no debe interpretarse en el sentido de que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Párr. 104.

y otras medidas inmediatas⁸. Esto permitió a la Corte Interamericana establecer que el derecho a la salud es un derecho *fundamental* e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos.⁹

Ese mismo año en el caso Pivaral y otros Vs. Guatemala señaló concretamente que:

El Tribunal advierte que el hecho de que los derechos derivados del artículo 26 estén sujetos a las obligaciones generales de la Convención Americana no sólo es resultado de cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad recíproca existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales, culturales y ambientales. Al respecto, la Corte ha reconocido que ambas categorías de derechos deben ser entendidas integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. De igual forma, el Tribunal advierte que el Preámbulo de la Convención, así como diversas cláusulas de la Declaración Americana, muestran que tanto los derechos civiles y políticos, como los DESC, fueron reconocidos por los Estados de la región como derechos esenciales de la persona humana (Párr. 85).

La justiciabilidad directa de los DESC, lleva implícito además un planteamiento muy importante y es que la garantía de estos derechos en el marco de las obligaciones inmediatas y progresivas deriva en el reconocimiento de diversos derechos innominados que han tenido su origen no solo en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, sino también en los mecanismos de supervisión incumplimiento existentes tanto en el Sistema Universal de Protección, como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por ejemplo, desde el caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador acoge lo previsto en la observación general 14, el concepto del reconocimiento del derecho al disfrute del

8 Así las cosas, definió la Corte refiriéndose a las medidas inmediatas que estas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Párr. 104.

9 Por ejemplo, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 310, entre otros.

más alto nivel posible de salud, el cual implica que todos los servicios, artículos e instalaciones de salud deben cumplir con requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Esta interpretación ha redundado en el reconocimiento de otros derechos fundamentales de carácter innominado, que pueden tratarse del reconocimiento de derechos nuevos o de otros que están implícitos en otros derechos.

Este artículo pretende contribuir a la discusión actual en torno a la protección del derecho a la salud de quienes padecen enfermedades huérfanas/raras, catastróficas, y el reto que supone la garantía de derechos innominados como el derecho a ser intentado y el derecho al tratamiento experimental.

Diseño metodológico

Se trata de una investigación jurídica básica, pues priman los conceptos de carácter jurídico como normas constitucionales, jurisprudencia de la Corte Constitucional, doctrinas, resoluciones. En general, esta investigación se enfoca en una metodología de orden teórico.

La presente investigación es de tipo jurídico-explorativo, ya que se pretende identificar las garantías constitucionales del derecho innominado a ser intentado, reconocido por la Corte Constitucional colombiana, respecto al acceso a medicamentos y tratamientos experimentales en pacientes diagnosticados con enfermedades graves, catastróficas, huérfanas/raras, siendo un tema poco estudiado a partir del origen del mencionado derecho, su fundamento constitucional y desarrollo jurisprudencial.

El método aplicado es el analítico y de síntesis, pues se realiza un análisis de la normatividad, la jurisprudencia, doctrina, todo tendiente al desarrollo de los objetivos propuestos en la presente investigación. El enfoque de la presente investigación es cualitativo, con el fin de analizar desde el contexto jurisprudencial las garantías instituidas en Colombia respecto al acceso a medicamentos y a tratamientos experimentales en pacientes que padecen enfermedades huérfanas y/o raras, graves y catastróficas.

Al desarrollarse una investigación básica en el campo del derecho, se tiene como fuentes primarias la Constitución de Colombia de 1991, las leyes, jurisprudencia, resoluciones del Ministerio de Protección Social, y como fuentes secundarias se consultaron doctrinantes, artículos de revista y trabajos de grado. En el desarrollo de esta investigación se realizó la selección de la correspondiente información como leyes sobre reglamentación de las enfermedades huérfanas/raras, graves, catastróficas en Colombia, jurisprudencias de tutela de la Corte Constitucional, resoluciones del Ministerio de Salud y Protección Social, artículos de revistas, trabajos de investigación, realizando su análisis para la construcción del documento de investigación, dando desarrollo a los objetivos planteados y obteniendo los resultados correspondientes.

Concepto de salud más allá de la ausencia de enfermedades

La salud ha sido abordada desde varios aspectos como salud física, psicológica y social, como lo describió Dunn (1959), refiriéndose a la salud desde alto nivel de bienestar y señalando tres dimensiones para gozar de buena salud o bienestar, como la orgánica o física, psicológica y social. Igualmente, la salud debe mantenerse en equilibrio tanto física como mentalmente. Sobre este tema ha definido la salud Seppilli (1971), quien define la salud como “una condición de equilibrio funcional, tanto mental como físico, conducente a una integración dinámica del individuo en su ambiente natural y social” (s.p.).

Del mismo modo, se dice que tener salud es el estado de bienestar, sentirse bien tanto física como mentalmente, como lo planteó Terris (1980), que propone a la salud como “estado de bienestar físico, mental y social, con capacidad de funcionamiento y no únicamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (p. 170).

Esta visión del sentido amplio en el que debe garantizarse el derecho a la salud ha sido planteada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su observación general 14 del 2000, en donde se afirma que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solamente incluía la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención de la salud preventiva,

curativa y paliativa, sino que también abarcaba los factores determinantes básicos de la salud.

Desde esta perspectiva, las garantías del derecho a la salud deben enfocarse a la preservación de la salud física, la salud mental e incluso la salud sexual y reproductiva. En Colombia, la garantía del derecho a salud ha planteado la necesidad de implementar medidas de protección reforzada a quienes padecen enfermedades en sentido amplio, y enfermedades raras y catastróficas en sentido concreto.

Enfermedad

Retomando la triada ecológica del año 1963, como el modelo propuesto por el patólogo Cockburn (1912-1981), el cual expone que las enfermedades “son alteraciones orgánicas desarrolladas en un individuo (hospedero) como resultado de la acción de un agente causal externo identificable que ingresa al cuerpo en ciertas condiciones ambientales” (p. 80), definición de la cual se puede comprender que para que exista enfermedad deben existir tres factores como el individuo, el agente y el ambiente. El concepto de triada ecológica explicó el fenómeno de la enfermedad atribuible a causas y eventos naturales que influían en el individuo.

La OMS hace una distinción entre el concepto de enfermedades transmisibles y no transmisibles, siendo estas últimas aquellas que no son causadas por una infección aguda, sino aquellas que dan como resultados consecuencias para la salud en el largo plazo, generalmente se trata de enfermedades crónicas que casi siempre conllevan a la discapacidad o la muerte. En este punto y para efectos de esta revisión, conviene distinguir entre enfermedad huérfana o rara y enfermedad catastrófica, puesto que es allí donde ha tenido mayor desarrollo el reconocimiento del derecho a ser intentado.

Enfermedad huérfana/rara

Expresado por Bean Villa (2018), en su investigación sobre la enfermedad huérfana, citando a Eudoris (2005), de la siguiente manera:

Una enfermedad caracterizada como de rareza es aquella que es poco frecuente en la población y que se determine así corresponde

a que cada enfermedad específica sólo puede afectar a un número limitado de la población total, definido en Europa como menos de 1 de entre 2000 ciudadanos (p. 3).

Así mismo, Astudillo (2018), en su investigación, describió a la enfermedad huérfana como “aquellas crónicamente debilitantes, graves que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 2000 personas, comprenden las enfermedades raras, las ultras huérfanas y olvidadas” (p. 13).

Aunque las causas de dicha enfermedad son desconocidas, se ha dicho que su origen proviene de cambios en mutaciones genéticas pasando de generación en generación, lo cual ha sido explicado médicamente, concluyendo así que algunas enfermedades son familiares. Igualmente, ciertos factores ambientales pueden influir en la severidad de la enfermedad. Este tipo de enfermedades afecta a un grupo pequeño de personas, comparándolo con la población general, la mayoría siendo genéticas.

En Colombia, el Ministerio de Protección Social establece que las enfermedades raras son aquellas que afectan a un número pequeño de personas en comparación con la población en general y generalmente conllevan a la muerte o son debilitantes a largo plazo. Bajo este entendido podrían encajar en esta definición las enfermedades genéticas, cánceres poco frecuentes, malformaciones congénitas o incluso enfermedades autoinmunes.

La Ley 1392 del 2010 y la Ley 1438 del 2011, establecen que una enfermedad huérfana es aquella crónicamente debilitante, grave, que amenaza la vida y con una prevalencia menor a una por cada 5.000 personas, y comprenden las enfermedades raras, las enfermedades ultra huérfanas¹⁰ y las enfermedades olvidadas¹¹.

La resolución 03 de 2023 reconoce la existencia de 2.247 enfermedades huérfanas y generalmente quienes las padecen están sometidos a una prestación del servicio de salud insuficiente, debido a la compleji-

10 Tienen prevalencia de 0,1-9 por 100 mil.

11 Se trata de enfermedades desatendidas que afectan a la población más pobre que generalmente tiene acceso limitado al servicio de salud.

dad de las patologías, escaso conocimiento médico científico por parte de los profesionales en salud en Colombia, además de la ausencia de recursos económicos por parte del Estado. Todas ellas, encajan en lo que en Colombia se han denominado enfermedades catastróficas.

La Corte Constitucional señala que, en relación con las enfermedades catastróficas, quien las padece es titular de protección reforzada de su derecho fundamental a la salud, debido a que su derecho a acceder a los servicios de salud se protege de manera especial, debido a que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, de ahí que a juicio de la Corte en sentencia T- 012 de 2020, afirma que:

Las entidades promotoras de salud no sólo tienen la obligación de garantizar la oportuna y eficiente entrega de los medicamentos que requiere el paciente, sino también la de adoptar medidas especiales cuando se presentan barreras injustificadas que impidan su acceso, ya sea por circunstancias físicas o económicas, más allá de las cargas soportables que se exigen para los usuarios del sistema, pues de ello depende, en muchos casos, el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la integridad física.

Posteriormente, en sentencia T- 413 de 2020, la Corte Constitucional estableció:

Los tratamientos correspondientes a enfermedades huérfanas se realizan con cargo a la cuenta de “alto costo” de conformidad con el artículo 4 del decreto 1954 del 2012, esto no implica que dichas patologías sean asimilables a las denominadas enfermedades de alto costo. Por el contrario, tienen características particulares que deben ser consideradas en cada caso particular, a la hora de establecer como se garantiza la protección reforzada del derecho a la salud en estas circunstancias.

La misma definición está demostrando el complejo manejo y alto costo de la enfermedad, lo cual dificulta su atención integral por parte del sector salud colombiano, la ausencia de recursos, y falta de políticas públicas del gobierno nacional en relación con la prestación de servicios en salud para los pacientes que padecen este tipo de enfermedad,

quedándole al paciente la única opción de acudir al juez constitucional para que a través de la acción de tutela sea protegido su derecho a la salud en conexidad con la vida y la dignidad humana, además de poder acceder a medicamentos y tratamientos con los que pueda sobrellevar su enfermedad.

Derecho innominado a ser intentado

Para indagar sobre el origen del derecho a ser intentado, o como lo denominaron primigeniamente los norteamericanos, *Right to Try*, es necesario realizar un apunte conceptual que ponga en contexto las circunstancias acerca de “la creación del derecho” en Estados Unidos de América. Debe decirse que es comúnmente conocida la influencia inglesa en el sistema legal y judicial de Estados Unidos (*common law*), de ahí que la jurisprudencia en ese sistema se tome con más relevancia que en otros sistemas más positivistas o de corte más reglado.

El *common law*, siendo la base legal de los Estados Unidos, es un derecho judicial creado por los jueces, y hace que dichas decisiones judiciales tengan carácter vinculante conocido como precedente judicial. Así mismo, de acuerdo con el *common law*, las normas en los Estados Unidos se crean para satisfacer las necesidades jurídicas, siendo un sistema cambiante y flexible, un derecho para todos los gobernados

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el avance tecnológico propio del siglo XX, las investigaciones en el ámbito médico se dispararon exponencialmente (López, 2001), razón por la cual muchas personas vieron en esos avances tecnológicos una significativa oportunidad para tratar patologías que hasta el momento no contaban con una cura o un procedimiento médico que las tratara o controlara adecuadamente.

Sin embargo, para finales de los años 90, en contraste con lo anteriormente referido, muchas personas acudieron ante la justicia para que se ordenara a la Administración de Medicamentos y Alimentos de los Estados Unidos de América (en adelante, FDA), permitir que los tratamientos en fases de investigación previas a la aprobación por parte de dicha entidad pudiesen aplicarse a pacientes con enfermedades terminales o enfermedades graves y/o catastróficas, toda vez que, hasta ese momento, los procedimientos o medicinas a ser suministradas a

cualquier paciente debían tener una completa y rigurosa aprobación por parte de la FDA.

De acuerdo a lo reseñado, el *Right to try*, aproximadamente desde el año 2001, comenzó a reglarse en la mayoría de Estados americanos, dado que lo identificaban como un derecho fundamental del paciente para intentar mejorar su estado de salud bajo todas las circunstancias posibles. Por esto, según un informe realizado en el año 2016 por el diario científico *Therapeutic Innovation & Regulatory Science*, desde enero de 2005 a diciembre de 2014, la FDA ha recibido 8.922 solicitudes para acceder a medicamentos y tratamientos experimentales, siendo aprobadas un 99.3% de estas (Jarow et al., 2018).

Entonces, el derecho al *Right to Try* o a “ser intentado”, ya oficializado, nació a través de los desarrollos legislativos en los Estados Unidos, iniciando principalmente con la Ley de Colorado, donde el Gobernador de este Estado, el 17 de mayo de 2014, sancionó la ley, según Herrera y Gómez (2022), “para que los enfermos terminales tengan acceso a los productos de investigación que todavía no han sido aprobados por la Administración de Alimentos y Medicamentos Federal y para que los pacientes puedan ser partícipes en ensayos clínicos” (pp. 19-20), y esta a su vez se convirtió en Ley Federal de los EUA, la cual fue sancionada en el año 2018 por el presidente de ese país, Donald Trump, y trajo modificaciones en la regulación de los procedimientos y aplicación de los tratamientos.

El *Right to Try* o derecho a “ser intentado”, propende por que los pacientes agoten todas las posibilidades científicas existentes, incluidas las de carácter experimental, siempre y cuando se cuente con la orden del médico tratante para los casos desesperados, en los cuales no parece existir ninguna otra opción, bien sea de recuperación o de evitar un inminente fallecimiento del paciente. Se trata, en consecuencia, de situaciones límite (Herrera y Gómez, 2022).

En Colombia, teniendo en cuenta que la Constitución de 1991 hace vinculantes a su normativa interna las decisiones de las Altas Cortes, se puede entender conceptualmente al *Derecho Innominado* como aquel que no está positivizado o no cuenta con un fundamento legal expre-

so, pero que es reconocido a través de alguna autoridad administrativa o jurisdiccional, a lo cual se hace referencia que:

En particular, es claro que los avances científicos y tecnológicos han tenido un impacto en la evolución de los derechos fundamentales. La expresión "derechos innominados, implícitos o nuevos derechos" hace referencia a uno de los más relevantes fenómenos destacados por el ordenamiento jurídico en las últimas décadas, como manifestación del principio pluralista (Bonilla, 2019, p. 224).

Concordante con lo reseñado en la cita que precede, puede intuirse que esos derechos innominados son los que se consideran como nuevos derechos, esto es, parten de una evolución social, económica, cultural, ambiental y tecnológica, y han sido reconocidos dentro del ordenamiento jurídico pese a que no existe una fuente formal (ley) que los regule, de ahí que puedan ser un claro ejemplo de lo que se denomina como "derecho viviente" en la teoría del iusnaturalismo jurídico, dado que su naturaleza cambiante hace necesaria la creación de nuevas herramientas de garantías.

El profesor Miranda (2019) indica que el auge de los Derechos Innominados tiene como partida los siguientes fundamentos:

- 1) El fenómeno de la globalización económica y política.
- 2) Los avances científicos y tecnológicos.
- 3) La internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados, aunque son los primeros garantes, de conformidad con el principio de subsidiaridad o complementariedad.
- 4) La tutela multinivel de los derechos fundamentales.
- 5) El diálogo judicial o jurisprudencial en derechos humanos.
- 6) Los cambios sociales y culturales.
- 7) La existencia de problemáticas comunes en el ámbito jurídico (p. 225).

No está reconocido expresamente como derecho fundamental en la Constitución de Colombia de 1991, no obstante, en el Capítulo 4, referente a la protección y aplicación de los derechos, consagra el artículo 94 que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben

entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

En dicho artículo, el constituyente permite que se materialice y se garanticen aquellos derechos que nacen de la evolución de la sociedad que son propios de cada persona, como el caso del derecho a ser intentado que tiene cada paciente que requiere de un tratamiento, medicamento, procedimiento experimental para tener una calidad de vida en condiciones dignas.

En su investigación Colmenares (2022), sobre el derecho a ser intentado, expresó:

Dentro del concepto mencionado es válido aclarar que un Derecho innominado es aquel que no está positivado, es decir no se encuentra en la Ley, pero que son reconocidos por las jurisdicciones Constitucionales o son convencionales reconocidos a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos en la Constitución (p. 18).

Por su parte, la Corte Constitucional (2015), en lo referente al derecho a ser intentado, lo definió en la Sentencia T-057 de la siguiente manera:

La Sala considera que, si bien el derecho fundamental “a que sea intentado” o “right to try”, guarda en sus orígenes una relación con el suministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales para enfermos terminales, dado que se trata de un derecho inherente a la dignidad humana (art. 94 Superior).

De lo anterior, con la sentencia hito-mencionada, se reconoció este nuevo derecho en la Constitución de 1991, en aras a proteger el derecho a la salud, a la vida y la dignidad humana de toda persona. El derecho a ser intentado, puede implicar el acceso a tratamientos o medicamentos experimentales, los cuales deben tener un debido sustento científico.

Tratamiento experimental

Los tratamientos experimentales se realizan con fines médicos, para desarrollarse en pacientes que por su estado de salud requieren de

una mejoría en su calidad de vida, realizándose con el consentimiento del paciente.

Portilla (2021) sustenta que los pacientes con el *Right to Try* (derecho a ser intentado), pueden acceder a tratamiento:

mediante Sentencia T-057 de 2015, reconocido como un derecho fundamental innominado que consiste en la oportunidad que tienen los pacientes con enfermedades terminales y/o catastróficas de acceder a tratamientos experimentales que fueron excluidos del plan de beneficios de salud, con la intención de mejorar su calidad de vida, que está en íntima relación con la dignidad humana pero que, al igual que en las demás naciones, tiene detractores quienes argumentan la posibilidad de obtener mayores desventajas que los potenciales beneficios, lo que puede conducir a violentar la propia dignidad humana (pp. 62-63).

Medicamentos experimentales

Respecto a los medicamentos experimentales, para su producción se debe pasar por un proceso precedido de 3 fases, siguiendo un protocolo científico, respetando los derechos de los pacientes de acuerdo a las normas de la buena práctica clínica que están diseñadas por la ICH (International Conference on Harmonization), cuyas autoridades reguladoras en Europa, Estados Unidos y Japón, discuten aspectos científicos para el registro de nuevos productos farmacéuticos.

Se puede decir que el ensayo clínico es el estándar para establecer la eficacia del medicamento, de acuerdo a lo referido por Bustamante (2013), citando al epidemiólogo Stuart Pocock, así, “según la definición que da el epidemiólogo clínico británico Stuart Pocock, un ensayo clínico es un experimento cuidadosa y éticamente planeado que incluye pacientes y que es diseñado para dilucidar el tratamiento más apropiado para futuros pacientes con una determinada patología” (p. 2).

Una vez culminada la fase III, se presenta ante la *Food and Drug Administration* (FDA) de los Estados Unidos una solicitud de aprobación

para el nuevo fármaco, el cual es analizado para considerarlo adecuado para autorizar su comercialización.

Por lo anterior, para que un medicamento nuevo sea autorizado para el tratamiento o manejo de patologías, se requiere de un ente responsable para su evaluación y comercialización, como en el caso en Colombia de la Comisión Revisora de Medicamentos del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), por lo cual no puede haber ningún obstáculo en el suministro de medicamentos cuando son autorizados por la entidad prestadora de salud.

De lo expuesto se concluye que la salud como derecho fundamental y autónomo debe ser garantizado plenamente con condiciones de dignidad humana, requiriendo atención integral desde el punto de vista médico, científico, además del compromiso que debe tener el Estado colombiano a través del sistema de salud para la satisfacción del derecho de todo paciente que es diagnosticado con una enfermedad grave, catastrófica y huérfana/rara.

El derecho a ser intentado antes de la expedición de la Ley 1392 de 2010

La decisión judicial denominada “Hito” en el tema es la Sentencia SU-819 (Corte Constitucional, 1999), es decir, de acuerdo con el sistema de fuentes del derecho podría decirse que se constituyó en el texto jurídico que “creó” o “dio a luz” un nuevo derecho en Colombia.

En esa oportunidad dicha Corte examinó el caso de un menor de edad que requería un tipo de trasplante heterólogo, el cual solo podía ser realizado en el Hospital de la Universidad de Birmingham en Alabama, EE. UU., cuyo alto costo no podía ser sufragado por la familia del paciente, indicando en esa sentencia que, para viabilizar ese tipo de tratamientos, se debían satisfacer unos requisitos:

- a. Que el paciente presentara una situación de riesgo inminente de vida, ante la negativa de la práctica del procedimiento médico.
- b. Que exista concepto técnico-científico favorable del médico tratante.

- c. Que no fuese posible practicarlos en el país.
- d. Que el Ministerio de Salud o, en su caso, la EPS procedan a escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.
- e. Que la eficacia del procedimiento estuviese científicamente acreditada y que se demostraran sus probabilidades del éxito.

A partir de estos elementos, la Corte Constitucional ha venido consolidando un escenario de protección efectiva del derecho a ser intentado, que se puede evidenciar en jurisprudencia proferida en los últimos años, para lo cual se pasará a estudiar la importancia del fundamento constitucional en Colombia.

Para el año 2010, el Congreso de la República de Colombia expide la Ley 1392, mediante la cual se reconocen las enfermedades huérfanas y se otorga especial protección a las personas que padecen dichas enfermedades, incluyendo a los cuidadores, que tiene como objetivo mejorar la calidad de vida, garantizando el acceso a los servicios en cuanto a tratamientos, rehabilitación e inclusión social. Dicha normatividad genera muchas expectativas tanto para los pacientes como para sus familias, porque consideran que tienen la opción de tener un tratamiento subsidiado, principalmente quienes son de escasos recursos económicos, pero sin tener acceso a un tratamiento experimental.

El derecho a ser intentado en vigencia de la ley 1428 de 2011 y la Ley 1751 de 2015

Luego se expide la Ley 1751 de 2015, que estipula en el artículo 11 los sujetos con especial protección, en la que se incluyen las personas que sufren enfermedades huérfanas, normatividad que genera falsas expectativas porque en el inciso 2, en los literales a, b, c, d, e y f del artículo 15, se prohíbe los tratamientos experimentales, por cuanto hace alusión a que los recursos que se asignan a la salud no se pueden utilizar para hacer uso de la tecnología, sin tener en cuenta el derecho a ser intentado de los pacientes que requieren ser atendidos de carácter urgente para hacer más llevaderas las dolencias, y de esa manera gozar de una vida digna.

Sin duda alguna se puede concluir que a buena hora los jueces constitucionales han evolucionado en la interpretación de las normas en la que se notan fallos más humanizados, y que de acuerdo con estos cambios en el sistema de salud se analizará lo más significativo del derecho a ser intentado en el Estado colombiano.

Aproximación conceptual al derecho a ser intentado

Con el reconocimiento del derecho a ser intentado se puede definir como aquel que permite a los pacientes con enfermedades catastróficas (huérfanas y ultra huérfanas) o terminales, acceder a tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales, tanto a nivel nacional como en otros países, procedimientos que son viables si se tiene consentimiento del paciente y tienen base científica que justifique su uso en el caso concreto.

Otro avance importante para destacar es que no solo el médico de la EPS es el único profesional que puede indicar el tratamiento que se debe seguir, también lo puede hacer el médico particular que está llevando el proceso de la enfermedad. Para aplicar dichos procedimientos se debe tener en cuenta que el tratamiento tenga un grado mínimo de certeza en cuanto a los efectos.

Con los anteriores requisitos los pacientes y familiares encuentran una esperanza para prolongar la existencia y encontrar una razón para seguir luchando, y de esa manera no sentir el abandono por parte del Estado colombiano frente a las dolencias que viven cada día quienes sufren enfermedades terminales.

En cuanto a este mismo contexto, es importante mencionar el artículo publicado por Duque (2018), en el que concluyó que con la incorporación del derecho a ser intentado se busca asegurar que al paciente se le garantice la continuidad del servicio médico, evitando que se le interrumpa la atención prestada por parte de las entidades de salud, planteamiento frente al cual es importante tener en cuenta que la mayoría de las veces las EPS ponen trabas administrativas para dar continuidad al servicio médico, ocasionando deterioro en los pacientes más desfavorecidos que se encuentran en situaciones precarias, tanto

física como económicamente, circunstancias que no tienen por qué seguirlas soportando los pacientes y familiares si hacen uso del derecho en mención.

Para concluir, se debe analizar de qué manera se integran otros derechos para hacer efectivo el goce real del derecho a la salud, y del derecho innominado a ser intentado.

El derecho a ser intentado y su relación con otros derechos

Como principal derecho se vincula el diagnóstico, el derecho a la información y el consentimiento informado. Se considera primordial la garantía de estos derechos de manera concomitante, debido a que todo paciente debe recibir de parte del médico tratante información precisa sobre su estado de salud, tipo de tratamiento que se debe practicar, consecuencias, beneficios y todo lo relacionado con la enfermedad. Por su parte, el derecho al diagnóstico garantizado de manera oportuna es condición *sine qua non* para para la materialización de todos los derechos descritos anteriormente. Para que exista integralidad en el derecho a la salud, las EPS no deben someter a los afiliados que se encuentren en esta situación a trámites innecesarios que obstaculicen el acceso a los servicios de salud y ello implique la vulneración del derecho a la salud que en estos casos debe garantizarse de manera reforzada.

Garantías que han sido instituidas en Colombia para el acceso a medicamentos y a tratamientos experimentales en pacientes diagnosticados con enfermedades graves, catastróficas, huérfanas y/o raras

A fin de determinar las garantías para pacientes diagnosticados con enfermedades huérfanas o raras, se realizará un análisis sobre el derecho a ser intentado y a tratamientos experimentales desde el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional (2015) en la Sentencia T-057. Así mismo, se abordará la atención de pacientes VIH/SIDA, pa-

cientes oncológicos adultos, niños, niñas, adolescentes y el acceso a medicamentos importados.

Acceso al derecho a ser intentado y acceder a tratamiento experimental: análisis a la Sentencia T-057

La Corte Constitucional en la sentencia mencionada analizó el caso de una paciente en estado vegetativo persistente, en el cual su agente oficioso acudió en varias ocasiones, por medio de la acción de tutela, buscando que se le amparara el derecho fundamental a la salud y el derecho a ser intentado para que se le realizará un tratamiento experimental llamado “estimulación espinal epidural cervical”, que propendiera una opción para una mejoría del paciente.

Para el médico tratante de la EPS a la cual se encontraba afiliada la paciente no era viable la realización del tratamiento solicitado en la acción de tutela, pues para el estado vegetativo y mínima conciencia era un paciente sin posibilidades de recuperación, siendo no pertinente dicho procedimiento, lo cual generaba controversia con lo diagnosticado con otro profesional en medicina, que conocía por varios años la patología de la paciente por estar acompañándola en la mayor parte de su enfermedad.

A pesar de que el profesional de la medicina era un médico no adscrito a la EPS a la cual estaba afiliada la paciente, le apuntaba a la realización del tratamiento de acuerdo a su dedicado estudio sobre el mismo, igualmente respaldando el tratamiento en investigaciones de otros médicos que han demostrado que ciertos pacientes demuestran avances mejorando la capacidad de expresarse, siendo el tratamiento como un avance y a la vez una oportunidad.

Dicho tratamiento experimental de estimulación espinal epidural ha sido realizado en pacientes para el manejo de otras patologías, en los cuales se ha demostrado que ha sido positivo el resultado; el manejo del tratamiento se ha realizado en países como Japón y Estados Unidos, es decir, no es un tratamiento que se iba a iniciar o a probar por primera vez en la paciente, es un tratamiento con cierta trayectoria e investigación.

Para la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional (2015) el amparo del derecho a la salud de la paciente se extendió al amparo al derecho a la dignidad humana, en el entendido que el tratamiento experimental que se solicitaba podría ser la última opción, y a la vez la única, toda vez que los médicos tratantes de la EPS en todo el tiempo de diagnóstico y atención no le plantearon algún tratamiento o medicamento para una posible mejoría. Sus familiares tuvieron que acudir a una segunda opinión médica externa, que les propuso un tratamiento que ellos aceptaron y veían una esperanza en el estado de la paciente.

Se dieron todos los presupuestos legales para que la Corte Constitucional resolviera el problema jurídico expuesto en la tutela, y así extender el derecho a ser intentado para los pacientes en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima.

La Corte Constitucional (2015), como garante de la Constitución de 1991, amparó el derecho a ser intentado convirtiendo dicha decisión en precedente jurisprudencial, para ser aplicado en casos similares en que se vulnere el derecho a la salud, la dignidad humana en pacientes que requieran del suministro de medicamentos, tratamientos o procedimientos de carácter experimental.

A partir de la sentencia en comento, tanto los pacientes diagnosticados con enfermedades huérfanas/raras, graves o catastróficas y sus familiares, acuden a la acción de tutela como la garantía que tienen para acceder a que se les practique un procedimiento, ya sea incluido o no en el POS, se realice en Colombia o en el extranjero, y se le suministre un medicamento que no está autorizado en el POS o en el INVIMA.

Pacientes que padecen de enfermedades catastróficas son sujetos de protección especial constitucional

Desde la perspectiva de los sujetos de especial protección y las garantías que se desprenden del derecho a ser intentado, este ha tenido una evolución que abarca enfermedades huérfanas y enfermedades catastróficas o degenerativas (VIH – Pacientes oncológicos)

Pacientes VIH SIDA

El Estado colombiano ha propendido por la atención de pacientes que padecen enfermedades catastróficas, como el VIH / SIDA. Mediante la Ley 972 de 2005 se adoptó la normatividad para mejorar la atención de dichos pacientes, declarando de interés y prioridad nacional la atención integral de dicha enfermedad. Así mismo, se buscó garantizar el suministro de medicamentos, atención integral desde el diagnóstico y tratamientos que requiera el paciente.

De acuerdo con estadísticas del Instituto Nacional de Salud en Colombia (2021), en el periodo epidemiológico entre el año 2018 y el año 2021 en Colombia se reportaron 17.647 casos de VIH/SIDA, con mayoría de casos en hombres con el 80.8%, mujeres con 19.2%, gestantes 1.7%, casos del exterior 2.6%, porcentajes que incrementaron en relación con el año 2020.

A nivel mundial, de acuerdo con datos publicados por ONUSIDA (2021), 38,4 millones de personas vivían con VIH en todo el mundo en el año 2021. Igualmente, para el mismo año la población más vulnerable con esta enfermedad eran los trabajadores y trabajadoras sexuales.

Para dicha organización se necesita a nivel mundial de recursos económicos con el fin de mitigar el VIH/SIDA, en especial en los países de bajos y medianos ingresos, evitando más afectación a la salud pública mundial.

El Ministerio de Salud colombiano (2014) realizó un estudio sobre la transmisión del VIH en niños y niñas, concluyendo que la infección se transmite de su madre durante la gestación, en el parto o en la lactancia.

Dicho diagnóstico y tratamiento en menores es complejo, pues se examina todo el desarrollo del menor tanto físico como mental, y el manejo clínico debe llevarse a cabo por un diagnóstico especializado. Es claro que para el VIH/SIDA no hay cura, pero se puede prevenir o curar otro tipo de enfermedades asociadas con el SIDA, como la terapia antirretroviral a la mujer en embarazo, y también la realización de la cesárea para disminuir la transmisión al bebé durante el parto.

Las personas que padecen esta enfermedad viven constantemente con sus defensas bajas, con síntomas de gripa y la mayoría de pacientes padecen de tuberculosis. El tratamiento o terapia antirretroviral (TAR) ha servido para eliminar efectos del VIH/SIDA; no elimina dicho virus, pero lo mantiene controlado, sirviendo como reductor de su transmisión.

No solamente son los síntomas físicos los cuales el portador de VIH/SIDA debe padecer; igualmente su salud mental se ve afectada porque en ocasiones son discriminados por su estado, en su entorno social, laboral y familiar. La Corte Constitucional (2019) sobre dicha discriminación se ha pronunciado en la Sentencia C-248, donde ha referido que la discriminación vulnera los derechos al trabajo, la salud, educación y a la seguridad social, buscándose la protección por parte del Estado para mitigar todo tipo de discriminación en relación con la persona que padece esta enfermedad.

La Corte Constitucional, en varias sentencias sobre pacientes portadores de VIH/SIDA, ha manifestado que dicha persona se encuentra en situación de debilidad manifiesta, gozando además de protección especial por parte del Estado colombiano, como fue considerado en la Sentencia T-376 (Corte Constitucional, 2019), donde los pacientes merecen protección especial, gozando de iguales derechos, garantizando su derecho a la salud, seguridad social y una vida en condiciones dignas.

Un paciente con VIH/SIDA debe acudir a la acción de tutela para hacer efectivo su derecho a la salud, buscar la efectividad de un tratamiento integral, el acceso a medicamentos, Por medio de esta acción no solamente le ha sido amparado su derecho a la salud, sino que además a la dignidad humana, igualdad y el libre desarrollo a la personalidad.

Pacientes oncológicos

El cáncer es declarado como enfermedad de interés en salud pública y de prioridad nacional en Colombia. Mediante la Ley 1384 de 2010 se establecieron las acciones para su atención integral, propendiendo por mejorar la calidad de vida en pacientes oncológicos, con una atención efectiva desde la detección temprana, tratamiento integral,

rehabilitación y cuidados paliativos por parte de los prestadores de servicios en salud.

El paciente oncológico es sujeto de especial protección constitucional. Sobre este tema se ha pronunciado la Corte Constitucional (2012) en la Sentencia T- 066, en relación con el deber de protección por parte del Estado a través de las entidades prestadoras de salud, que deben autorizar medicamentos y tratamientos que no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, debiéndose inaplicar las normas que limiten su acceso.

Se han establecido parámetros para la investigación de las patologías de cáncer con estudios clínicos, siendo una obligación del Estado colombiano propender por la implementación de nuevas tecnologías y medicamentos para la atención oportuna del paciente.

El Gobierno Nacional ha buscado la regulación del cáncer, como lo hizo mediante la Resolución 0004496 de 2012, en la cual se organiza el Sistema Nacional de Información en Cáncer, y se crea el Observatorio Nacional del Cáncer en Colombia, con el objeto de promover, establecer y evaluar políticas en salud pública con miras a la atención integral de los pacientes que padecen dicha enfermedad.

Así mismo, en la Resolución 1383 de 2013 se implementó el plan decenal para el control del cáncer en Colombia (2012-2021), para que se establecieran acciones de promoción y prevención y tratamiento de dicha enfermedad.

Para el año 2017, en Resolución WHA70.12 de la Asamblea Mundial de la Salud (2017) sobre la prevención y control del cáncer en el contexto de un enfoque integrado, se instó a los Estados miembros y al director general de la Organización Mundial de la Salud para la aplicación de políticas públicas, recursos médicos y todo lo necesario para la atención eficiente de pacientes con dicha enfermedad.

El cáncer es una enfermedad que la padecen tanto adultos como niños. En el caso de los adultos mayores, por el estado de debilidad y vulnerabilidad, la Corte Constitucional (2008) ha destacado el derecho de la salud como fundamental y protección especial del Estado colombia-

no, buscándose que el paciente tenga una calidad de vida en condiciones dignas y que no se presenten dilaciones injustificadas imponiendo carga a los familiares en la realización de trámites administrativos para solicitar medicamentos y servicios de salud.

Paciente oncológico niño, niña, adolescente

A través de la Ley 1388 de 2010 se reglamentó el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia, donde se establece la atención integral creando unidades de atención, registro nacional de cáncer infantil y servicio de apoyo social.

Posteriormente, el Ministerio de Salud y Protección Social (2014), en la Resolución 418, adopta la ruta de atención para niños con presunción o diagnóstico de leucemia, buscándose solucionar las faltas de prestación del servicio de salud desde el diagnóstico y tratamiento que se presenta al momento de atender un paciente menor de edad oncológico.

Por mandato constitucional los derechos de los menores de edad prevalecen sobre los derechos de los demás, siendo reconocida la protección constitucional reforzada para los pacientes oncológicos niños, niñas y adolescentes, por ello la entidad prestadora de salud debe suministrar de manera oportuna e integral, sin oponerse al tratamiento o medicamento, así esté o no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, todo ello prevaleciendo siempre el interés superior del menor y siendo el Estado el primer garante del derecho a la salud y a la seguridad social.

Por lo anterior, tanto para los adultos mayores como para niños, niñas y adolescentes su patología debe ser atendida de manera especial, oportuna y eficiente, con continuidad en el tratamiento, sin exigencia de copagos y cuotas moderadoras en los términos que establezca la Ley. Del mismo modo, los actores del sistema de salud en Colombia deberán ceñirse a las instrucciones de la Superintendencia de Salud en la Circular Externa No. 4.

Igualmente, en el caso de pacientes oncológicos menores de edad la acción de tutela ha sido la garantía por excelencia para que dichos pa-

cientes puedan acceder a su tratamiento de manera eficiente y oportuna, se le realicen procedimientos y se suministren los medicamentos que no están incluidos en el POS.

Acceso a medicamentos importados para la atención de enfermedades huérfanas en menores de edad

En sede de tutela se han amparado los derechos a la salud y a la dignidad humana de pacientes que padecen de enfermedades huérfanas/raras, cuando la entidad prestadora de salud no autoriza la entrega de medicamentos, o en el caso de que el medicamento no se encuentre farmacológicamente en Colombia y no se accede a su importación.

Son frecuentes los casos en que el medicamento es ordenado por el médico tratante, autorizado en junta médica y sea necesario para tratar una enfermedad huérfana, como en el caso de retrasar su progresividad. Los pacientes o sus familiares deben instaurar una acción de tutela para que en sede judicial sea concedido, y se inste a la prestadora de salud a suministrar dicho medicamento.

Respecto a lo anterior, se hace referencia a un menor de edad, paciente diagnosticado con la enfermedad huérfana Distrofia Muscular de Duchenne, que para su tratamiento era necesario el suministro del medicamento Ataluren, que fue ordenado por su médica tratante para retrasar la progresividad de la afectación motora de esa enfermedad. El medicamento debía ser importado por parte del INVIMA, entidad que negaba su suministro, lo que llevó a que su padre presentara una acción de tutela en protección al derecho a la salud, la vida y la dignidad de su hijo.

La acción de tutela fue favorable para el menor de edad, ya que en Sentencia T-133 la Corte Constitucional (2022), teniendo como sujeto de protección especial al menor, ordenó al INVIMA expedir el permiso para la importación del medicamento, e instó al Ministerio de Salud y Protección Social para que evaluara la reglamentación de los medicamentos que son prescritos a pacientes diagnosticados con enfermedades huérfanas.

Se concluye que no es viable la negativa para acceder a medicamentos que se deban importar para el tratamiento de las mencionadas enfermedades, pues constitucionalmente se encuentra garantizado su reconocimiento y acceso de los pacientes a ellos.

Conclusiones

En Colombia, los pacientes que padecen enfermedades graves, catastróficas huérfanas y/o raras no cuentan con las garantías necesarias para acceder al servicio de salud, teniendo en cuenta que no existen reglas universales que definan el procedimiento para solicitar la prestación del servicio de una manera eficiente y sin dilaciones administrativas. Quiere decir ello que, aunque los procedimientos sean experimentales, por ley se debería dejar claro cuáles son los estándares mínimos que deben cumplir esos “estudios” para poder ser aplicados a los usuarios, para lo cual deben existir más juntas técnicas y así definir políticas nacionales basadas en la ciencia y en el sostenimiento fiscal, conceptos que no pueden soslayarse del debate.

Por lo tanto, el derecho a ser intentado solo se encuentra amparado constitucionalmente, lo que significa que el paciente que quiera hacer exigible tal derecho debe recurrir a la acción de tutela como mecanismo efectivo para obtener un tratamiento experimental, ya sea a nivel nacional o en otros países, el cual debe ser ordenado por el médico tratante, sin tenerse en cuenta si está incluido o no en el POS. En efecto, se puede ver que el sistema de salud colombiano no está preparado aún para atender sin restricciones este tipo de eventos administrativos y presupuestales que restan eficiencia en la atención.

De igual manera, el acceso al tratamiento o procedimiento experimental debe ser efectivo, en el entendido de buscar el respeto a la autonomía y la autodeterminación del paciente, ya que puede ser aceptada su realización, una vez haya recibido toda la información clara y detallada del procedimiento, y las contraindicaciones que pueda conllevar su práctica. El hecho de negarle a un paciente que padece la enfermedad huérfana/rara, catastrófica, grave, la posibilidad de que se le practique un tratamiento o procedimiento experimental, le estaría vulnerando, además de su derecho a la salud, su autonomía al no tener presente su

decisión, quedando la expectativa de la efectividad del procedimiento para la mejoría de su salud.

Adicionalmente, los prestadores del servicio de salud en Colombia deben contar con un equipo interdisciplinario para que, desde el momento del diagnóstico y todo el proceso de la enfermedad, se le brinde apoyo psicológico para el paciente, sus familiares y en especial a su cuidador. De igual forma, el Estado debe adoptar medidas como el manejo eficiente de recursos económicos en el sector salud para que se empleen en la investigación médica científica equipos médicos especializados, medicamentos importados, y en general todo lo relacionado en el manejo de la enfermedad del paciente.

Por otra parte, es necesario que los actores del sistema de salud, en especial el personal médico, se mantengan en constante actualización sobre los tratamientos, procedimientos y medicamentos que se están empleando en pacientes con enfermedades huérfanas/raras, graves y catastróficas a nivel mundial, para así poder generar medidas pertinentes en el manejo de dichas enfermedades en Colombia a partir de su diagnóstico.

Ahora bien, con un diagnóstico temprano se puede prevenir, mejorar la calidad de vida y prolongar la expectativa de vida del paciente. No solo la atención debe prestarse en el proceso de la enfermedad, además se le debe prestar una atención oportuna a la persona que tenga una sospecha de enfermedad huérfana, grave o catastrófica para evitar que el paciente enfrente el dolor, la angustia y desesperación de no encontrar el apoyo para el manejo de su enfermedad.

Para finalizar, a pesar de los grandes esfuerzos realizados por la Corte Constitucional en el reconocimiento del derecho innominado a ser intentado, no han sido muchas las políticas públicas en Colombia que busquen garantizar la atención oportuna y completa para las enfermedades huérfanas/raras, ya que solo hasta el año 2021 se conformó, mediante la Resolución 1871 de 2021, el funcionamiento de la mesa nacional de enfermedades huérfanas/raras, con el fin de formalizar políticas públicas para mejorar la atención de los pacientes que padecen dichas enfermedades, además de sus cuidadores y familiares.

Referencias

- Agudelo, D. y Arenas, Y. (2021). El Derecho a “Que Sea Intentado” en Colombia a la luz del Estado Social de Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 51(135), 587-616.
- Arbeláez, M.F. (2017, junio 9). La reflexiva carta del Ministro Alejandro Gaviria sobre su cáncer. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/salud/carta-del-ministro-de-salud-alejandro-gaviria-sobre-su-cancer-97324>.
- Asamblea Mundial de la Salud (2017). Resolución WHA70.12. Prevención y control del cáncer en el contexto de un enfoque integrado. Ginebra
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia. *Imprenta Nacional*.
- Astudillo S., C. (2018). *Enfermedades catastróficas, huérfana o raras en el Ecuador. Problemáticas actuales y tratamiento*. Trabajo de titulación presentado para optar el título de Licenciado en Periodismo. Universidad de las Américas.
- Bean V., B. (2018). *Responsabilidad estatal por enfermedades huérfanas en el sistema jurídico colombiano*. Trabajo de Grado, Universidad La Gran Colombia.
- Botell. J.A. (2022). Avances de la medicina en el siglo XX. *Scielo*. [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0864-21252002000400001Bustamante R., C. \(2013\). Fases del desarrollo de un nuevo medicamento. Ponencia del Programa de Especialización en Farmacología Clínica. Universidad de La Sabana](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0864-21252002000400001Bustamante R., C. (2013). Fases del desarrollo de un nuevo medicamento. Ponencia del Programa de Especialización en Farmacología Clínica. Universidad de La Sabana).
- Colmenares M., K. (2022). *Derecho innominado a ser intentado: exclusiones respecto a la Ley 1751 de 2015, impactos y retos frente a la garantía y protección del derecho fundamental a la salud en Colombia*. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.
- Congreso de la República de Colombia. (2005). Ley 972. Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida. Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1384. Por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia. Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1388. Por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia. Imprenta Nacional.

- Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1392. Ley que reconoce las enfermedades huérfanas como de especial interés. Imprenta Nacional.
- Congreso de la República de Colombia. (2015). Ley 1751. Ley que regula el derecho fundamental a la salud. Imprenta Nacional.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-066. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-057. MP Martha Victoria Sáchica Méndez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia T-387. MP Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia T-081. MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia C-248. MP Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia T-376. MP Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional de Colombia. (2020). Sentencia T-012. MP Diana Fajardo Rivera.
- Corte Constitucional de Colombia. (2020). Sentencia T-413. MP José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia T-133. MP Jorge Enrique Ibáñez Najar.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio. Serie C No. 198, párr. 101.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre. Serie C No. 298.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de. Serie C No. 146, párr. 177.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre. Serie C No. 160, párr. 310.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto. Serie C No. 359.
- Courtis, C. (2002) La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ponencia presentada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, celebrado en San José, Costa Rica, 23.
- Duque G., M. (2018). Precedente constitucional en materia de “derecho a ser intentado” o “right to try” para tratamientos experimentales. *Revista CES*, 9(1), 143-163.
- Flores S., D. (2017). *Impacto económico y en la salud en el entorno familiar de pacientes con enfermedades raras en España*. Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza.
- Gavidia, V. y Talavera, M. (2012). La construcción del concepto de salud. Re-Esc12-Concepto-Salud.pdf (uv.es)
- Gómez A., R. (2018). ¿Que se ha entendido por salud y enfermedad?
- Guía de Práctica Clínica (GPC). (2023). Basada en la evidencia científica para la atención de la infección por VIH en niñas y niños menores de 13 años de edad. Disponible en: GPC-corta-VIH-pediátrica-final.pdf (minsalud.gov.co)
- Herrera Tapia, V., y Gómez García. (2021). Derecho fundamental al “right to try” de los pacientes en estado vegetativo persistente o conciencia mínima a la luz del principio de responsabilidad de Hans Jonas. *Revista Reflexiones y Saberes*, (14), 13-29
- Howard, J. (2018). What you need to know about right-to-try legislation. CNN Health. <https://edition.cnn.com/2018/03/22/health/federal-right-to-try-explainer/index.html>
- Instituto Nacional de Salud (2023). VIH/SIDA. Periodo epidemiológico XIII. Instituto Nacional de Salud. <https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/Informesdeevento/VIH-SIDA%20PE%20XIII%202021.pdf>
- Langford, M. (2008). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*. Cambridge University Press.
- Londoño S., N. (2007). La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los Estados Unidos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 37(106).
- Lopategui, E. (2023). El concepto de salud: Conceptos Básicos. <http://salud-med.com/>
- Mancera G., C. (2021). Acceso a los servicios de salud de personas diagnosticadas con enfermedades huérfanas en Colombia. *Revista CIES*. Vol. 12. N° 2.

- Ministerio de Salud y Protección Social. (2012). Resolución 4496. Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Información en Cáncer y se crea el Observatorio Nacional de Cáncer. Imprenta Nacional.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2013). Resolución 1383. Por la cual se adopta el Plan Decenal para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2021. Imprenta Nacional.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2014). Resolución 418. Por la cual se adopta la ruta de atención para niños y niñas con presunción o diagnóstico de Leucemia en Colombia. Imprenta Nacional.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2021). Resolución 1871. Por la cual se conforma y reglamenta el funcionamiento de la Mesa Nacional de Enfermedades Huérfanas / Raras. Imprenta Nacional.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2023). Resolución 23. Por medio del cual se actualiza el listado de enfermedades huérfanas-raras. Imprenta Nacional.
- ONUSIDA. (2021). Hoja informativa. Estadísticas mundiales sobre el VIH. https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_FactSheet_es.pdf
- ONUSIDA. (2023). Hoja informativa. Últimas estadísticas sobre el estado de la epidemia de sida. <https://www.unaids.org/es/resources/fact-sheet>
- Parra V., O (2015). *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*. Colección Sistema Interamericano. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_JusticiabilidadDerEconomicosSocialesCulturales-3aReimpr.pdf.
- Portilla R., J. (2021). El derecho a intentarlo (right to try) y la dignidad humana en Colombia. *Revista Pluriverso*, (16).
- Ramírez, S. G. (2003). Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. *Cuestiones Constitucionales*, 9, 139.
- Revelo B., F. (2021). Las enfermedades raras en Colombia desde una perspectiva de los derechos humanos: una revisión sistemática. Artículo de revisión, Maestría en Ciudadanía y Derechos Humanos.
- Superintendencia Nacional de Salud. (2014, julio 17). Circular Externa 4. Por la cual se imparten instrucciones respecto de la prestación del servicio de salud en personas con sospecha o diagnóstico confirmado de Cáncer. Imprenta Nacional.
- VIH/SIDA en niños (s.f.). Stanford MEDICINE – Children’s Health. <https://www.stanfordchildrens.org/es/topic/default?id=sidavih-90-P05619>.

Tensión entre el derecho a la libertad religiosa y de cultos y la libertad de expresión en los lugares de congregación, de acuerdo con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad

Carolina Girón Cárdenas¹²

María Alejandra Quintero Muñoz¹³

Carlos Andrés García Velásquez¹⁴

12 Abogada, egresada de la Universidad Católica Luis Amigó, sede Manizales. Administradora de Empresas egresada de la Universidad Nacional de Colombia, sede Manizales. Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Fundación Universitaria del Área Andina. Personera delegada para Asuntos de Derechos Humanos, Manizales. Correo: cgiron3@estudiantes.areandina.edu.co

13 Abogada egresada de la Universidad Católica Luis Amigó de Manizales. Funcionaria pública adscrita a la Rama Judicial, Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Fundación Universitaria del Área Andina. Correo: mquintero127@estudiantes.areandina.edu.co

14 Doctor (Ph. D) en Derecho y Magíster en Derecho Público de la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social y Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Director de Posgrados, Seccional Pereira, Facultad Nacional de Derecho, Fundación Universitaria del Área Andina. Docente investigador de pregrados y posgrados de la misma alma mater. Correo: cgarcia114@areandina.edu.co

Resumen

Este artículo aborda la tensión jurídica que subyace al confrontar dos derechos de raigambre constitucional como lo son la libertad religiosa y de cultos y la libertad de expresión, a partir de los presupuestos del test de ponderación establecidos por Robert Alexy, y según las reglas aplicadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-027/18, en la cual se instauran los elementos para la configuración de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad con ocasión del análisis de proporcionalidad.

La relevancia de este acercamiento radica en la forma en que se llega a una solución jurídica ante el enfrentamiento de derechos constitucionales sin que implique la anulación de ninguno, aunque bajo la posibilidad de su limitación transitoria. La metodología empleada fue de carácter cualitativo y descriptivo, empleando la revisión de diversas fuentes primarias y secundarias, entre ellas doctrina y jurisprudencia relevante dentro del contexto en discusión. Esto finalmente permitió arribar a la conclusión principal, consistente en que frente a la confrontación de derechos de carácter fundamental, claramente amparados por la Constitución Política, no se debe dejar sin efecto ninguno de ellos, buscando la forma de llegar a un consenso para la garantía efectiva del ejercicio de ambos por vía de ponderación.

Palabras claves: Tensión jurídica, ponderación de derechos, libertad de cultos, libertad de expresión.

Introducción

Con el presente trabajo se pretende abordar la tensión jurídica que se suscita entre dos derechos protegidos constitucionalmente: de una parte, el derecho a la libertad religiosa y de cultos y, por la otra, el derecho a la libertad de expresión. Ello, partiendo de la base consistente en que no existe priorización de un derecho sobre el otro, sino que, de acuerdo con las circunstancias, uno está llamado a ceder respecto al otro a través de la realización de una ponderación de derechos, con el objetivo de garantizar el ejercicio efectivo de ambos.

Ahora bien, en el marco normativo colombiano existen otros derechos fundamentales que guardan una relación directa con los que se busca abordar en el trabajo actual, entre ellos, el derecho a la libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad:

Artículo 16: Todas las personas tienen el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Artículo 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia (Colombia, Congreso de la República, 1991).

Estos derechos fundamentales no solo han sido desarrollados en el marco jurídico local, también han presentado desarrollo a nivel internacional, tal y como se observa en la Resolución 36/55 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que recoge la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981; en los artículos 18 y 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; en los artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 12 y 13 de la Convención Americana sobre los Derechos humanos; entre otros. Respecto a los derechos a la libertad religiosa y de cultos y la libertad de expresión, es importante aclarar que, haciendo uso de este último, un individuo o grupo no puede ser sujeto a previa censura (Organización de Estados Americanos, 2023).

Por su parte, en el marco jurídico interamericano se han presentado pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad de expresión en el siguiente sentido:

El derecho a difundir las expresiones habladas o escritas de pensamientos, informaciones, ideas u opiniones, por los medios de difusión que se elijan para comunicarlas al mayor número posible de destinatarios (...) El derecho a la expresión artística o simbólica, a la difusión de la expresión artística, y al acceso al arte, en todas sus formas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pp. 11-19)

En este contexto surgen interrogantes de orientación tales como ¿qué pasa con las expresiones artísticas sin consentimiento dentro de los lugares de congregación? ¿Se pueden presentar como un derecho sin limitaciones? Y ante estas incógnitas resulta posible acudir primigeniamente a lo planteado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-047/95, en la que se estableció que “todo derecho, así sea fundamental, es limitado. El derecho de un individuo está limitado por los derechos de los otros asociados, por el orden público, por el bien común y por el deber correlativo” (Corte Constitucional, 1995). En otras palabras, es claramente necesario que existan unos límites sobre los derechos, y que en determinado caso se realice una reducción en el ejercicio de un derecho respecto al otro o que se lleve a cabo una ponderación entre ellos para así garantizar el goce efectivo de ambos.

De este modo, surgen las siguientes cuestiones: i) ¿cómo resolver la tensión que se presenta entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad religiosa o de cultos, cuando se ven enfrentados? Por ejemplo, cuando las personas que irrumpen en una congregación religiosa exponen su desacuerdo, ya sea contra la reunión religiosa, contra las enseñanzas de esta, contra el gobierno o en desarrollo de una manifestación artística, entre otros; ii) ¿qué aspectos se deben tener en cuenta al momento de realizar una ponderación de derechos?; y, iii) ¿qué criterios de proporcionalidad se deben analizar para establecer los límites de un derecho respecto al otro?

Así pues, este capítulo es producto del cuestionamiento derivado de cómo ciertos derechos amparados constitucionalmente se ven afectados por el uso o ejercicio de otros cuando determinados grupos o personas no están de acuerdo con las prácticas o creencias profesadas y practicadas en determinadas congregaciones; o que aun estándolo, los menoscababan a través del ejercicio de sus derechos, generando un auténtico conflicto entre particulares.

En virtud de la anterior pugna de derechos, se procuró analizar cómo se podía dirimir la tensión existente, optando por la aplicación de un ejercicio de ponderación o *balancing test*, toda vez que brinda las herramientas idóneas para resolver el conflicto planteado y, a su vez, preservar el goce de los derechos alegados.

A este escenario se articula el reconocimiento que se dio a partir de la Constitución de 1991 a diferentes congregaciones religiosas, pasando de catorce registros de entidades religiosas en el año 1995 a 9.459 registros ante el Ministerio del Interior para el año 2022; y en razón al gran aumento de las cifras, se torna relevante la posibilidad de garantizar los derechos a cada una de las personas que profesan las diferentes religiones en el país, sin que con esto se menoscaben otras libertades.

Por otro lado, no se encontró que a la fecha existiera un estudio detallado que realizara la ponderación del derecho a la libertad religiosa y de cultos cuando entraba en colisión con el derecho a la libertad de expresión; sin embargo, se logró evidenciar un amplio desarrollo teórico y jurisprudencial sobre el derecho a la libertad de expresión, ya sea, desde la libertad de prensa, protección para las personas LGTBIQ+ o la libertad para la presentación de obras artísticas. Así mismo, se aprecian investigaciones sobre la coacción a la libertad de expresión a causa de la religión.

Como se puede evidenciar, existe un amplio desarrollo sobre cómo se afectan otros derechos ante la libertad religiosa, pero resulta escaso el desarrollo frente a sus afectaciones, dadas las transgresiones que reciben los creyentes en los diferentes escenarios. Muestra de esto fueron los hechos acaecidos el año 2019, cuando un joven haciendo uso de su libertad artística, se desnudó en la catedral basílica de Manizales, o el vivido en septiembre de 2022 cuando en medio de manifestaciones un grupo de mujeres intentaron prenderle fuego a la puerta principal de la Catedral Primada de Bogotá, o el caso que se presentó en marzo de 2022, cuando un grupo de encapuchados ingresaron al mismo templo, y empezaron a gritar arengas que leían de manuscritos.

Todo lo anterior evidencia cómo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede generar una desprotección al de libertad religiosa y de culto, por lo cual se hace necesario realizar el ejercicio de ponderación.

Adicional a lo planteado, y ante la inexistencia de estudios que diesen respuestas a las inquietudes referidas, se optó por buscar no solo réplicas, sino también propuestas que respondieran la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo resolver la tensión que se presenta cuando

entran en conflicto el derecho a la libertad religiosa y de cultos y la libertad de expresión, de acuerdo con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad? Como se puede observar, el cuestionamiento planteado se desarrolla en dos niveles, el primero relacionado con la determinación del marco constitucional límite asignado a los derechos a la libertad religiosa y de cultos y a la libertad de expresión, y el segundo, frente a la ejecución del ejercicio de ponderación de ambos derechos cuando alguno de ellos es transgredido al interior de los lugares de congregación.

Marco teórico

Ante el conflicto de ponderación de los derechos fundamentales objeto de esta investigación se evidencia que expresar libremente los pensamientos o creencias puede coartar otras libertades. Así, por ejemplo, un estudio realizado por el grupo de investigación «Religión, Derecho y Sociedad» de la Universidad Complutense de Madrid, canalizado a través del Proyecto de investigación «Libertad religiosa y libertad de expresión» (Palomino, 2009) del Ministerio de Ciencia e Innovación Español, plantea una contraposición de derechos así:

Se podría responder entonces que, para artistas y críticos vanguardistas, lo sagrado sería precisamente el arte, mientras que para otros lo sagrado está ocupado precisamente por la religión, que en cierto modo da sentido al arte. Sería un choque de culturas acerca de «lo sagrado» en el seno de la misma sociedad. (Palomino, 2009, p. 517)

Es decir, para el ser humano cada percepción es diferente y a cada uno de ellos se les debe respetar el criterio que tiene, pero ¿qué ocurre cuando en el uso de esa facultad se menoscaba otra? Este es uno de los interrogantes que emergen ante lo ocurrido en el año 2005 en Dinamarca, cuando un diario de ese país presentó una serie de ilustraciones sobre su profeta Mahoma, que el mundo del Islam consideró ofensivo, por lo cual, se generaron muchas discusiones en este tema y para la búsqueda de su protección, la comunidad Islámica presentó una querrela, pero el 26 de octubre de 2006 el Tribunal de Distrito de Aarhus desestimó la misma; de igual forma, en junio del mismo año, presentaron una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos

de Naciones Unidas, pero esta fue inadmitida al no haberse agotado el trámite interno.

Por el contrario, en los países islámicos donde reporteros publicaron el mismo contenido, estos fueron detenidos y sus empresas clausuradas, mientras que en países como Canadá y Bielorrusia se presentaron contraposiciones: en el primero se consideraba la publicación amparada en la libertad de expresión y en el segundo se sancionó con prisión a un periodista. Este estudio es relevante en vista de las diferentes aproximaciones legales de cada Estado ante los mismos derechos, evidenciando la existencia de sanciones e interpretaciones de diversa índole.

Por su parte, el estudio denominado «Libertad de expresión versus Libertad de religión en Europa» (Martínez-Torrón, 2007), elaborado dentro del Proyecto del Ministerio de Educación sobre gestión pública del pluralismo religioso, presenta a través de una investigación de carácter cualitativo descriptivo, una serie de procesos adelantados en Europa por la protección de estos derechos en casos como Otto-Pre-minger-Institut y Wingrove, referidos a conflictos entre obras audiovisuales y las legislaciones nacionales sobre blasfemia de Austria y el Reino Unido, respectivamente (Martínez-Torrón, 2007). En este caso, mientras que la legislación austriaca permitió el embargo y decomiso del filme «A Council in Heaven (Das Liebeskonzil)», en Inglaterra se prohibió su distribución al ser sancionada por incurrir en el delito de blasfemia, delito que según el autor se aplica ante el cristianismo, pero no ante otras religiones.

Adicionalmente, se pueden apreciar diferentes procesos adelantados en el continente europeo, donde se establecen políticas de protección a la libertad religiosa y a la libertad de expresión, tal es el caso de *Paturel: Accusations Against a Catholic Anti-Sect Association*, donde la Corte Europea de Derechos Humanos estableció que “la libertad de expresión es aplicable no sólo a las ‘informaciones’ o ‘ideas’ que se reciben favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a las que chocan, ofenden o perturban” (Martínez-Torrón, 2007, p. 238).

Otro trabajo de investigación que funge como base de orientación se encuentra contenido en el documento denominado «la apología

al odio y la libertad de expresión en el caso del movimiento político MIRA desde la perspectiva de los derechos humanos» de Torres Suarez (2016), que hace referencia a los límites que existen en Colombia frente a la defensa de los mencionados derechos. En este documento, el autor hace un resumen de lo ocurrido al partido político MIRA y a la Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo en el año 2014, cuando de forma reiterada y sistemática quisieron destruir ambas organizaciones, estableciendo en una de sus conclusiones:

En Colombia, analógicamente se está resolviendo la colisión de los principios de libertad de expresión y la prohibición a la apología al odio, en el cual no se ha obtenido una línea jurisprudencial sobre los dos principios en colisión; se remite básicamente a los Convenios Internacionales adoptados por el bloque constitucional (Torres Suarez y Parra Hincapié, 2016, p. 58).

Como se observa, el estudio citado analiza el choque de derechos desde una óptica fundamentada en la apología al odio y en la ausencia de protección jurisprudencial local ante los ataques que se puedan presentar a las libertades objeto de análisis, lo que obliga a los afectados a acudir al ámbito supranacional en pro de la protección efectiva de sus garantías públicas.

De otro lado, un comparativo sobre el derecho a la libertad religiosa, de conciencia y de cultos y la libertad de expresión, basado en una publicación en redes sociales, se manifiesta a través de la sentencia T-124 de 2021 en la que la Corte Constitucional hace un llamado a los altos funcionarios a respetar la laicidad del Estado en sus manifestaciones públicas y establece unos límites al ejercicio de estos derechos:

Un alto funcionario del Gobierno Nacional desconoce el principio de laicidad y los derechos fundamentales a la libertad religiosa y de cultos y a la libertad de conciencia cuando utiliza sus cuentas personales de las redes sociales para promover, adherir o identificar al Estado con una religión en particular y se demuestra que el mensaje tiene un carácter oficial (Corte Constitucional, 2021).

Esta sentencia de control constitucional concreto resulta relevante puesto que, en el caso de altos funcionarios públicos, se aprecia una

limitación a sus libertades por su rol como representantes del Estado, pues su deber es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, tal como lo establece de forma expresa el artículo 2° de la Carta Magna.

Por otro lado, frente al derecho a la libertad de expresión, en un estudio doctoral denominado “La intimidad como límite a la libertad de expresión. De los medios de comunicación tradicionales a las redes sociales” se analizó la ponderación de dos derechos fundamentales del sistema democrático argentino como son la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, en relación con la evolución de los medios tradicionales de comunicación, evidenciando que la libertad de expresión goza de una mayor protección respecto al derecho a la intimidad, y desconociendo que estos dos derechos tienen igual jerarquía constitucional. De otro lado, al no existir en el ordenamiento jurídico argentino una doctrina o línea jurisprudencial clara al respecto, surgió lo que se denominó la “tirantez” de esos derechos y, en consecuencia, germinó la necesidad de crear o actualizar las herramientas legislativas acordes y adecuadas para ejercer un control respecto al uso de esas redes sociales para que no se lesione el derecho a la intimidad.

Finalmente, la referida tesis doctoral resulta significativa, ya que analizó cómo derechos de igual categoría entran en conflicto al no existir unas reglas claras o una normativa que dé luces sobre cómo proteger un derecho respecto al otro y, a su vez, asegurar que ambos sean garantizados.

Ahora bien, con miras a dar desarrollo a la premisa investigativa es necesario indicar que Colombia es un Estado social de derecho fundado en un ordenamiento jurídico que propende por la garantía de justicia-bilidad de prerrogativas de todos sus asociados. En este esquema, los jueces adquieren cada vez mayor relevancia e importancia a la hora de fijar la ruta para vivir en una sociedad de manera armónica y en la que se respeten los derechos de todos. Así, glosa de ejemplo, es posible observar que de conformidad con la sentencia T-406 de 1992 (Corte Constitucional, M.P. Ciro Angarita Barón), la labor judicial en cierre constitucional ha permitido identificar en torno a los derechos fundamentales dos dimensiones.

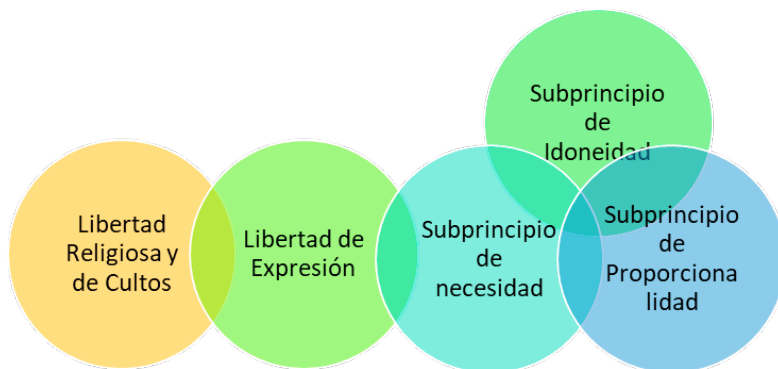
De una parte, una dimensión objetiva, relacionada con la trascendencia del ámbito de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado, pero entendiendo ese aparato como un mecanismo encaminado a la realización de los derechos y, por la otra, el mecanismo de protección de esos derechos fundamentales, esto es, la acción de tutela como herramienta de carácter inmediato ante todas las autoridades, a la que cualquier persona puede acudir mediante un procedimiento preferente y sumario, sin el cumplimiento o lleno de requisitos diferentes a la vulneración o posible transgresión de un derecho fundamental. Adicionalmente, este mecanismo otorga la posibilidad de acudir ante la Corte Constitucional en caso de que se deban de revisar las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales. Lo anterior, en todo caso, respetando el eje definitorio del Estado social de derecho, esto es, la dignidad humana, consagrada en el artículo primero de la ley fundamental:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Colombia, Congreso de la República, 1991).

En tal sentido, independientemente del derecho que se busque amparar o proteger, debe existir un respeto y observancia por el postulado de la dignidad humana en concordancia con interpretaciones sistemáticas y armónicas de la norma máxima.

Ahora bien, lo que se pretende resolver en este capítulo es la tensión jurídica que se suscita cuando se ven enfrentados derechos que gozan de igual o similar protección legal, constitucional y jurisprudencial pero que no son absolutos; al respecto, es relevante tener en cuenta que "(...) Todo derecho, así sea fundamental, es limitado. El derecho de un individuo está limitado por los derechos de los otros asociados, por el orden público, por el bien común y por el deber correlativo", tal como lo dispone el máximo tribunal constitucional colombiano en Sentencia T-047 de 1995. Para tal efecto, se plantea una solución basada en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Figura 1. Derecho a la libertad religiosa y de cultos y derecho a la libertad de expresión frente a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad



Nota. Elaboración propia.

Los derechos objeto de análisis gozan de diversa protección, es así como la libertad religiosa y de cultos ha sido contemplada entre otros en la Ley 133 de 1994 que establece de forma clara sus postulados, y que la Corte Constitucional colombiana ha indicado que se resumen en once puntos en los términos de la sentencia C-088/94, entre los cuales, se aprecia el derecho no solo a elegir una determinada religión y de cambiarla, sino que también contempla el derecho de poder profesar su religión sin ninguna perturbación, es decir, a gozar libremente de su ejercicio sin ninguna dilación¹⁵.

De igual forma, la Corte expone de manera detallada cada uno de los derechos que se protegen al reconocer el ámbito de aplicación del artículo sexto de la Ley estatutaria referida¹⁶, que establece unas limita-

15 (i) la libertad de profesar cualquier creencia religiosa libremente escogida, que implica la libertad de información y de expresión sin las cuales la persona no podría formarse una opinión ni expresarla; (ii) la libertad de cambiar de religión y (iii) de no profesar ninguna, (iv) la posibilidad de practicarlas sin perturbación o coacción externa, contraria a las propias convicciones, y de realizar actos de oración y de culto, (vi) de recibir asistencia religiosa de la propia confesión en cualquier lugar, incluso los de reclusión, cuarteles y centros médicos, (vii) de conmemorar festividades, (viii) de recibir sepultura digna conforme a los ritos y preceptos de la religión del difunto y a sus deseos o a los de su familia, (ix) a contraer matrimonio y a establecer una familia conforme a la religión y a sus normas, (x) de recibir e impartir libremente educación religiosa o de rehusarla o de (xi) determinar, de conformidad con la propia convicción, la educación de los hijos menores o la de los incapaces bajo su dependencia.

16 «Como son los artículos 13 sobre la igualdad de las personas ante la ley, el 14 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica, el 15 sobre la intimidad personal y familiar, el 16 sobre el libre de-

ciones enmarcadas en la protección del orden público. Frente a tales restricciones, Daniel Basterra (1989) expone en tres postulados:

1) La presunción debe estar siempre a favor de la libertad en su grado máximo, 2) Esta sólo puede restringirse en la medida en la que, racional y objetivamente, "la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática" y 3) Las posibles restricciones deben ser establecidas por la ley, no arbitrarias ni discrecionales, como corresponde a un verdadero Estado de Derecho. (p. 323)

Por su parte, frente a la libertad de expresión, enmarcado en el artículo 20 superior, y según Navas-Camargo et al. (2020), se desglosa un amplio número de derechos y libertades inherentes a ella, como el derecho a la libre expresión, el derecho a la no censura, el derecho de libertad de prensa, el derecho a la rectificación, la libertad de pensamiento, la libertad de opinión y la libertad de información.

En este punto, es importante resaltar que, del derecho a la libertad de expresión, se desprende o involucra el derecho a la libre expresión artística según el artículo 71 constitucional¹⁷, el cual, como establece Cifuentes (2000):

(...) Al Estado le está vedado impedir la difusión de una obra por su autor o el acceso a ella por parte de las personas que desean conocerla y apreciarla, por rechazar su contenido moral o estético. El hacerlo - señala la Corte -, entrañaría un acto de censura, proscrito de nuestro ordenamiento constitucional y violatorio del derecho a la difusión de la expresión artística, contenido en los artículos 20 y 71 de la Carta política. Y es que entiéndase que la censura consiste,

sarrollo de la personalidad, el 18 sobre la libertad de conciencia, creencias y convicciones, el 19 sobre libertad de cultos, profesión y difusión libre de la propia religión, el 20 sobre la libertad de expresión y difusión de pensamiento y de opiniones, el 21 sobre el derecho a la honra, el 26 sobre la libertad de escoger profesión u oficio, el 27 sobre la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, el 28 sobre la libertad personal, el 37 sobre el derecho de reunión y manifestación, el 38 sobre el derecho a la libre asociación, el 42 sobre los derechos sociales de la familia, el 43 sobre los derechos fundamentales de los niños, el 67 sobre el derecho a la educación y el 68 sobre el derecho de los padres de escoger el tipo de educación para los hijos menores, y sobre la libertad de recibir o no educación religiosa en los establecimientos del Estado» (Corte Constitucional, Sentencia C-088/94). 2

17 «La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres».

precisamente, en prohibir o recortar la difusión de cualquier idea por la sola razón de ser contraria a una ideología determinada, incluso si dicha ideología es acogida por la mayoría de los habitantes de una región o de todo el territorio colombiano (pp. 197-198).

Figura 2. Derechos y libertades que se desglosan del derecho a la libertad de expresión



Nota. Elaboración propia.

Es precisamente aquí donde se percibe una fricción entre derechos, ya que ¿cómo se puede proteger un derecho sin menoscabar el otro?, o ¿cómo se puede proteger cuando existen otros derechos vinculados que también deben ser protegidos?

En primera instancia, los derechos fundamentales podrían ser concebidos como derechos absolutos, que por ningún motivo pueden ser restringidos, pero en muchas ocasiones pueden ser limitados o deben ceder uno frente a otro, como lo exponen Carlos Arturo Hernández y Camilo Jiménez (2017) en su libro *Robert Alexy y la ponderación en la Corte Constitucional*. Allí los autores establecen un problema jurídico frente al “Desarrollo Fundamental al Desarrollo; garantía para los niños de temprana infancia en el interior de la institución penitenciaria El Buen Pastor, Bogotá”, y hacen referencia a varios puntos importantes

como el choque de los derechos de los menores frente a otros: "Si hay colisión del derecho del niño con uno fundamental de cualquier otro sujeto de derechos, este, el del otro, será limitado, dando paso obligatorio a la garantía en el cumplimiento del derecho del menor" (p. 32). De igual forma, los autores hacen una reflexión sobre la ponderación de derechos de una menor de 20 días de nacida quien fue retirada del lado de su madre en un centro penitenciario buscando la prevalencia del derecho a la salud y a la vida sobre el derecho a la familia¹⁸. Por otra parte, en la Sentencia T-047 de 1995 se destaca que:

El universo jurídico conlleva una serie de limitaciones propuestas, en aras de la coexistencia armónica de los individuos, sus pretensiones e intereses. La acción humana está ordenada hacia el bien común, el cual no puede realizarse si la posición de una parte afecta la de las demás o al todo en sí mismo considerado. En la sociedad hay un fin a realizar en común; si el individualismo extremo se impone, se desconoce la prevalencia del interés general, y el bien común se torna en vana utopía. Es un contrasentido jurídico pretender que un derecho -cualquiera que sea su importancia- sea absoluto, porque, por lo menos, todo derecho llega hasta donde comienzan los derechos ajenos. La convivencia limita, per se, los derechos, las facultades y las libertades individuales, con base en el orden público y el bien común (Corte Constitucional, 1995).

Ahora bien, en la sentencia T-027 de 2018, la Corte Constitucional realiza la ponderación de derechos haciendo uso del análisis interpretativo (análisis de razonabilidad) y el análisis empírico (análisis de proporcionalidad), siendo este último, el empleado en el desarrollo de este capítulo:

- 1. Análisis de razonabilidad:** Para este análisis es necesario identificar entre cuatro posibles supuestos cuál se ajusta al caso concreto, estos supuestos son:

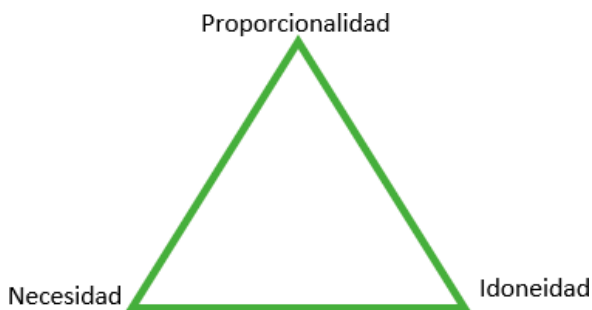
18 Los magistrados muestran su interés por garantizar en forma prevalente el derecho a la salud de la menor; insisten en la inviabilidad de su vida en circunstancias que le atenten. El parte médico indicó gravedad de salud (bronquiolitis e inicio de neumonía), razón esta suficiente para ordenar la salida de la niña del plantel y ponerla al cuidado de una madre sustituta. En sentencia T-596 de 1992 (MP: Ciro Angarita Barón).

- **Primero:** La Corte establece la necesidad de verificar cuál es el nivel de satisfacción pretendido y si existe un impedimento constitucionalmente legítimo para que justifique un nivel de satisfacción inferior al pretendido, y como se pudo evidenciar en los límites expuestos anteriormente, lo que se busca con el derecho a la libertad religiosa y de cultos es que las personas puedan hacer uso de este derecho en sus lugares de congregación, ya que no existe ningún impedimento legal o constitucional a que este sea limitado por otro derecho, o que los administrados deban tener un nivel de satisfacción inferior al pretendido.
 - **Segundo:** Se basa en la verificación de que el nivel de satisfacción pretendido y el nivel de satisfacción provisto se encuentre ajustado a derecho, situación que no ocurre en el caso concreto, toda vez que normativamente no existe ningún apartado que indique en primera medida que el derecho a la libertad religiosa deba ceder frente al derecho a la libertad de expresión, o que el primero deba ser ejercido con limitaciones por parte de los ciudadanos.
 - **Tercero:** Se ajusta claramente a lo pretendido en este capítulo, toda vez que normativamente tampoco existe un planteamiento que indique que el derecho a la libertad religiosa pueda ser ejercido sin ningún tipo de limitaciones, pero evidentemente existe una amenaza o vulneración a este cuando personas, en ejercicio de su libertad de expresión, ingresan a los lugares de congregación y adelantan protestas, representaciones artísticas o vandalizaciones de esos espacios; lo mismo ocurre cuando se interrumpe el ingreso a los creyentes a los lugares o se realizan protestas o manifestaciones de diferente índole frente a los mismos que interrumpen el desarrollo del culto o celebración religiosa.
 - **Cuarto:** Se presenta cuando se advierte que el derecho es irrazonable e inconstitucional, situación que no ocurre en el caso concreto; por lo tanto, se prescinde de este supuesto en el presente despliegue de ponderación.
- 2. Análisis de proporcionalidad:** Para realizar este análisis se hace imperioso tener en cuenta subprincipios como lo son el de **ne-**

cesidad, frente al cual se busca que, desde la perspectiva de autores como Robert Alexy, “entre dos medios igualmente idóneos en términos generales para promover un derecho a protección, debe escogerse el que interfiera menos con el derecho de defensa” (Hernández y Jiménez, 2017, p. 39). El **subprincipio de idoneidad** trata de constatar que los medios usados sean los idóneos o adecuados con el fin de garantizar el disfrute del derecho frente al otro: “Su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo” (p. 41). Y finalmente, el **subprincipio de proporcionalidad** que permite entender que el sacrificio no puede ser ilimitado; por el contrario, permite determinar en qué proporción es aceptable la limitación o sacrificio con el fin de garantizar el beneficio del otro, y el cual también tiene unos límites. Esta proporcionalidad permite unos márgenes de acción, unos límites que restringen sus decisiones a los ordenamientos constitucionales.

Estos tres subprincipios permiten optimizar el ejercicio de ponderación de tal forma que no exista un sacrificio absoluto ni desproporcionado entre los derechos en juego.

Figura 3. Triada de subprincipios que integran el análisis de proporcionalidad en el ejercicio de ponderación



Nota. Elaboración propia.

Para lo anterior, la Corte establece un test de razonabilidad y proporcionalidad de los derechos fundamentales a través de un modelo de adjudicación de derechos fundamentales.

Tabla 1. Resumen del modelo de adjudicación de los derechos fundamentales, fundado en los principios de razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo con la sentencia T-027 de 2018, Corte Constitucional

Razonabilidad y proporcionalidad de los derechos fundamentales				
Presu- puesto sustancial	Análisis de razonabilidad	Análisis de proporcionalidad	Remedio judicial	
Que exista una amenaza o vulneración a un derecho fundamental	1.	(a) es razonable*. El juez debe verificar la existencia de (R).	No existe (R). El juez debe ordenar que se dé cumplimiento al contenido del derecho.	
			Sí existe (R). El juez debe estudiar la proporcionalidad** entre (a) y (R).	
	2.	(a) y (b) son razonables.	El juez debe analizar la proporcionalidad de (a) y (b).	El juez deberá adoptar el remedio judicial más apropiado, en consideración a las circunstancias del caso concreto.
	3.	(a) no es razonable. Sin embargo, existen <i>otras alternativas razonables de satisfacción del derecho</i> .	El juez debe analizar la proporcionalidad de las <i>otras alternativas razonables de satisfacción del derecho</i> .	
4.	El contenido del derecho es abiertamente irrazonable, desproporcionado y, por lo tanto, inconstitucional.			

Convenciones

(a) – La pretensión del titular del derecho (*nivel de satisfacción pretendido*)
 (b) – La política pública, programa o medida acusada (*nivel de satisfacción provisto*)
 (R) – Razón constitucionalmente legítima para no conceder (a)
 * La razonabilidad está determinada por la adscripción, *prima facie*, de (a), (b) o las otras alternativas razonables de satisfacción al contenido del derecho.
 ** La proporcionalidad se determina a partir de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Nota. Sentencia T-027 de 2018, Corte Constitucional.

Para el caso concreto, se pueden presentar varios hechos que podrían vulnerar o amenazar el derecho a la libertad religiosa, como son:

1. Que, haciendo uso de la libertad de expresión, personas ajenas a la congregación ingresen a los lugares destinados para el culto con el fin de realizar manifestaciones políticas, artísticas, sociales, interrumpiendo con ello la celebración religiosa.
2. De igual forma, cuando dichas manifestaciones se realicen frente a los lugares de congregación interrumpiendo con esto la debida celebración del culto o ceremonia.

Ante lo anterior y como ya se había señalado, es deber del Estado garantizar el derecho a la libertad religiosa (artículo 19 CP), desarrollado por la Ley Estatutaria 133 de 1994¹⁹; por lo tanto, al realizar el examen se puede aseverar que la petición es razonable.

Ahora, en cuanto al análisis de proporcionalidad se debe tener en cuenta:

1. Pretender que no se realicen manifestaciones artísticas, políticas o sociales dentro de los lugares de congregación o en sus inmediaciones es una **medida idónea** para garantizar el derecho, toda vez que estos lugares de congregación son los sitios en donde los creyentes desarrollan libremente su derecho; por lo tanto, deben tener la garantía de disfrutarlo sin restricciones.
2. Esta restricción a la libertad de expresión se considera **necesaria**, toda vez que para ejercer y disfrutar plenamente el derecho a la libertad religiosa y de cultos, en primera medida, se debe realizar en los lugares destinados para ello, las personas deben poder ingresar sin restricción al recinto, deben poder escuchar la predicación o sermón, por lo tanto, se debe realizar sin interrupciones.

19 "Por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política" instauró el régimen de las libertades religiosa y de cultos, con el fin de consagrar un ordenamiento jurídico común para las distintas religiones y confesiones religiosas. Tal como lo advirtió la sentencia C-088 de 1994, por medio de la cual se efectuó el examen previo de constitucionalidad de dicha Ley Estatutaria: "Se trata del establecimiento de un marco jurídico, que consagra las garantías básicas para que todas las personas, como individuos o como comunidades religiosas o como comunidades de fieles, seguidores o creyentes, puedan desarrollar libremente de modo organizado o espontáneo sus actividades religiosas".

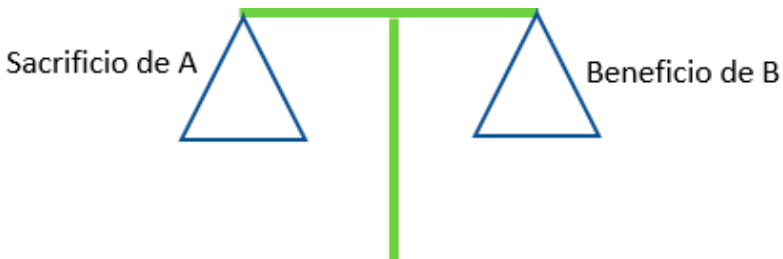
- De lo anterior, se evidencia que no se está restringiendo completamente el derecho a la libertad de expresión, por lo que se ajusta al test de **proporcionalidad**, teniendo en cuenta que este derecho se puede ejercer libremente en las calles, plazas, teatros y escenarios públicos en general. Es decir, para el ejercicio de la libertad de expresión no existe un lugar único o exclusivo; por el contrario, existen múltiples sectores que permiten el libre disfrute del mismo, por lo que la afectación que debe soportar el derecho es proporcional y justificable con el fin de garantizar el nivel de satisfacción deseado.

Por otra parte, se debe tener en cuenta:

- El grado de la no satisfacción de uno de los principios o derechos.
- La importancia magnitud de la satisfacción del derecho contrario.
- La justificación del sacrificio de uno con relación a la satisfacción del otro.

Es decir, se debe efectuar una reflexión con el fin de encontrar un equilibrio entre sacrificio y beneficio.

**Figura 4. Balanza de equilibrio de derechos:
Sacrificio de A vs. Beneficio de B**



Nota. Elaboración propia.

La identificación de este equilibrio obedece a dos escenarios específicos:

1. Para disfrutar de sus creencias religiosas, las personas emplean un lugar destinado a su culto, donde de forma libre y espontánea desarrollan libremente su derecho, toda vez que, si lo desarrollan en una plaza, parque o calle, estarían violentando la libertad que tienen los demás ciudadanos de creer o no en determinada religión. Aunado a esto, es posible considerar el ejercicio del derecho en la intimidad de su propio hogar, no obstante, su relevancia yace en la congregación, puesto que es allí donde, mediante la administración de las enseñanzas y los diferentes cultos, los creyentes pueden sentirse identificados y fortalecidos en su fe colectiva e individual; por el contrario, las expresiones artísticas, culturales, políticas y sociales pueden ser, en términos generales, ejercidas en cualquier lugar, toda vez que no existe un único lugar elegido o destinado para ello.
2. La importancia de la satisfacción se da teniendo en cuenta que, si los creyentes no pueden disfrutar de su derecho de forma íntima y con libertad, se estaría reduciendo por completo la posibilidad de su disfrute y, por el contrario, se estaría inclinando la balanza en la protección total a la libertad de expresión, lo cual no estaría acorde con los preceptos constitucionales.

Por todo lo expuesto, la limitación del derecho a la libertad de expresión, bajo el ejercicio de ponderación efectuado, resulta ser razonable y proporcional.

Diseño metodológico

El presente texto es producto de una investigación con enfoque cualitativo desde una técnica de revisión documental materializada a través de la exploración teórica de diversos textos de orden legal, jurisprudencial y doctrinal, referentes para el desarrollo de una investigación de tipo descriptivo, buscando explicar y/o entender cómo dos derechos de raigambre constitucional, al verse enfrentados, debían ser limitados para que uno cediese ante el otro en determinadas situaciones.

Al respecto, es importante advertir que este tipo de investigación se caracteriza por la reflexión como principal instrumento del investigador (Hernández Sampieri, Fernández y Baptista, 2006). Por su parte, Sarabia (1999) expresa que la metodología cualitativa ha ido ganando un gran interés, dadas las posibilidades que presenta en la explicación de nuevos fenómenos y en la elaboración de teorías en las que los elementos de carácter intangible, tácito o dinámico juegan un papel determinante.

En lo que respecta al instrumento utilizado, se partió de la elaboración de una matriz de análisis en la que se tuvieron en cuenta documentos que permitieran realizar un primer acercamiento a las categorías jurídicas claves como el derecho a la libertad religiosa y de cultos, la libertad de expresión y el test de ponderación, con el objeto de dirimir la tensión que se suscita cuando dos derechos de rango fundamental colisionan, pero sin despojar de validez ninguno de los dos.

En cuanto a la muestra seleccionada, se destacan las contribuciones del jurista alemán Robert Alexy en torno a la ponderación, mecanismo utilizado para dirimir la tensión existente entre los derechos analizados, al igual que las disposiciones constitucionales y legales frente a los derechos en contención y las sentencias relacionadas con las libertades objeto de examen.

La unidad de análisis utilizada abarcó referentes teóricos del mencionado autor como "El concepto y la validez del derecho", "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", "Teoría de los derechos fundamentales", además de las sentencias T-047 de 1995 y T-406 de 1992 emanadas de la Corte Constitucional.

Hallazgos y resultados

Durante el proceso de investigación y de ponderación se pudo evidenciar que si bien el derecho a la libertad de expresión es un derecho de orden constitucional, existen espacios idóneos y suficientes para su ejercicio; por lo tanto, pretender que se ejerza sin restricción alguna en todo momento y lugar, vulnera ostensiblemente el ejercicio de otros derechos como el derecho a la libertad religiosa y de cultos, libertad

de conciencia, derecho a la vida en condiciones dignas y libre desarrollo de la personalidad.

Particularmente, el derecho a la libertad religiosa y de cultos se ejerce de forma libre y espontánea en los lugares destinados específicamente a la congregación, y es allí donde cada uno de los creyentes disfrutan no solo de las enseñanzas impartidas, sino que ejercen libremente su derecho, pudiendo así participar de los diferentes segmentos de las predicaciones, enseñanzas o celebraciones que se desarrollen, por lo que interrumpir estas actuaciones a merced del despliegue de otras libertades, estaría violentando claramente su pleno disfrute.

Por lo anterior, al presentarse expresiones artísticas, culturales, políticas o sociales que no hacen parte del culto religioso en esos espacios, afecta patentemente el disfrute del derecho, por lo que deben ceder, teniendo en cuenta que, pese a existir la obligación de garantizarlas, cuentan con un mayor campo de acción. Así, restringir tales manifestaciones en los espacios de congregación religiosa, no estaría violentando el derecho a la libertad de expresión; por el contrario, al permitir las en esos lugares de congregación religiosa, se genera una clara afectación a este derecho, ya que, de forma íntima y personal, los creyentes hacen uso de su derecho sin afectar a otros asociados en el espacio propicio para tal efecto.

De igual forma, el hecho de realizar manifestaciones artísticas en las inmediaciones de los lugares de congregación también presenta una limitación a la libertad religiosa, máxime si esas expresiones impiden el ingreso de los creyentes o impiden la celebración del culto como tal. Nuevamente se reitera que, haciendo uso de criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, existen diversidad de lugares donde otras manifestaciones se pueden desarrollar, como museos, teatros, plazoletas, en contraposición a la expresión de la libertad religiosa que acaece en lugares específicos e idóneos de congregación. Por lo tanto, impedir el ingreso a estos lugares, afecta su disfrute y el de otros derechos como el derecho a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, por ello, el Estado debe garantizar su respeto y disfrute en los diferentes escenarios.

Es importante señalar que, si bien el derecho a la libertad de expresión no permite censura previa, sí que debe tener limitaciones para su ejercicio, toda vez que si en su ejercicio se irrumpe en una congregación religiosa mientras se desarrolla el culto con esta actuación, se estaría limitando completamente el libre desarrollo de este, es decir, no puede sancionar el hecho de creer que una actuación va a menoscabar este derecho, pero sí deben existir sanciones ejemplares para quienes irrumpen en las congregaciones e impidan en cualquier dimensión la libertad religiosa. Irrumpir con un performance que va en contra de la doctrina y creencia de las personas de determinada religión debe contar con sanción, toda vez que si no existe la sanción, ¿cómo podría protegerse?

Teniendo en cuenta que al efectuarse la acción ya sería un hecho consumado, por lo tanto, mediante la acción constitucional de tutela⁸ ya no podría protegerse, es por esto que se hace relevante contar con no solo mecanismos legales para su protección, sino con claras limitaciones en el ejercicio de ambos derechos.

Discusión / Conclusiones

Tras el ejercicio de ponderación realizado, se concluye que una manera práctica y adecuada de resolver tensiones jurídicas cuando se enfrentan derechos amparados constitucionalmente es a través de criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad; entendiendo que no se busca dejar sin efectos un derecho, sino limitarlo o reducirlo hasta cierta medida para que el otro se pueda ejercer sin menoscabo. En virtud de las propuestas de ponderación de Robert Alexy, así como de los criterios expuestos en la sentencia T-027 de 2018, se ha logrado llegar a un mecanismo para disolver la colisión jurídica planteada, concluyendo que el derecho que cobró mayor relevancia frente a su protección fue el de libertad religiosa y de cultos, pues tiene un lugar claro y específico en el que se practica y es los lugares de congregación, los cuales deben ser respetados y no deben ser violentados ni transgredidos para ejercer o hacer uso de otro derecho, como lo es en este caso el derecho a la libertad de expresión, que por ser un derecho tan amplio, puede ser practicado en otros lugares y escenarios, sin necesidad de violentar ni afectar las creencias o derechos de otros individuos, y es que téngase en cuenta que los lugares de congregación religiosa gozan de gran simbolismo e importancia para los creyentes

de determinada religión, pues es el lugar en el que encuentran a su Dios o guía y por contrario, la libertad de expresión puede ser ejercida de diversas maneras y en diversos escenarios, y no al interior de los lugares de congregación o impidiendo el ingreso al mismo. Es que, al hacerlo de esta manera, se está respetando y garantizando la práctica de ambos derechos, solo que el derecho a la libertad de expresión cedería un poco frente al derecho a la libertad religiosa y de cultos, pues se estaría garantizando el ejercicio del segundo derecho, solo que en otros lugares y escenarios.

Visto lo expuesto, queda claro que los derechos fundamentales gozan de especial protección y que ellos deben ser no solo estudiados como norma en concreto, sino en abstracto y de carácter indeterminado, lo cual abre un panorama mucho más amplio de interpretación que debe de ir en concordancia con la dignidad humana, como máxima garantía amparada y protegida en la Constitución Política, en la que todos los demás derechos deben ir en correspondencia o con respeto de este y no solo para unos pocos, sino para todos los asociados y autoridades, sin excusa o limitación.

El derecho a la libertad religiosa y de cultos debe ser tenido en cuenta dentro de la agenda política de los diferentes gobernantes, quienes en todo momento deben garantizar su protección y no generar políticas que permitan o consientan su vulneración, teniendo en cuenta el rango constitucional que este goza y los diferentes tratados y acuerdos ratificados por Colombia frente al mismo.

Referencias

- Alexy, R. (2004). *Epílogo a la "Teoría de los derechos fundamentales"*. Colegio Registradores de Propiedad y Mercantiles de España.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2013). *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa.
- Baptista Lucio, P., Fernández Collado, C., y Hernández Sampieri, R. (2006). *Metodología de la investigación*. Editorial McGraw-Hill Interamericana.
- Basterra, D. (1989). *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*. Monografías Civitas, 49.

- Borda, A. P. (2022). *La intimidad como límite a la libertad de expresión. De los medios de comunicación tradicionales a las redes sociales* (Doctoral dissertation).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2010). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. OEA.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994) Sentencia C-088/94. M.P. Fabio Morón Díaz
- Corte Constitucional de Colombia. (1995) Sentencia T-047/95. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Corte Constitucional de Colombia. (1996) Sentencia T-104/96. M.P. Hernando Herrera Vergara
- Corte Constitucional de Colombia. (2018) Sentencia T-027/18. M.P. Carlos Bernal Pulido.
- Hernández, C. A., y Jiménez Roncancio, C. (2017). *Robert Alexy y la ponderación en la Corte Constitucional*. Universidad Libre.
- Martínez-Torrón, J. (2007). *Freedom of expression versus freedom of religion in the European Court of Human Rights*. Universidad Complutense.
- Navas-Camargo, F. Cubides-Cárdenas, J., Ortiz-Torres, D., y Rico, A. F. (2020). La libertad de expresión en Colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas–Unifafibe*, 8(2).
- Organización de Estados Americanos (OEA). (1978). *Convención Americana sobre derechos humanos*. San José, Costa Rica.
- Organización de Estados Americanos (OEA). (2023). *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión» Censura previa*. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=152&IID=2>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. Asamblea General de las Naciones Unidas [Resolución 36/55].
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1976). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. [Resolución 2200 A (XXI)]
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1981). *Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*. Asamblea General de las Naciones Unidas [(Resolución 217 A (III))].

Palomino-Lozano, R. (2009). *Libertad religiosa y libertad de expresión*. Instituto Martín de Azpilcueta.

Sarabia, F. (1999). *Metodología para la investigación en marketing y dirección de empresas*. Ediciones Pirámide.

Torres Suárez, J. A., y Parra Hincapié, J. C. (2016). *La apología al oído y la libertad de expresión en el caso del movimiento político MIRA y su ideología internacional político-religiosa en Colombia desde la perspectiva de los derechos humanos*. Universidad La Gran Colombia.

Capítulo 3

La validez jurídica y probatoria de la evidencia digital en el procedimiento administrativo colombiano: afectación a derechos fundamentales

Carlos Ariel Moreno Vergara²⁰
Nini Jhohanna Becerra González²¹

20 Abogado especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina. Asesor legal de evidencias digitales en procesos judiciales, administrativos y de corte privado. Correo: cmoreno23@estudiantes.areandina.edu.co

21 Licenciada en Pedagogía Infantil, especialista en Derechos Humanos y en Enseñanza de la Literatura, magíster en Educación desde la Diversidad. Candidata a doctora en Ciencias de la Educación de la Universidad Cuauhtémoc de México. Docente de posgrados, Facultad Nacional de Derecho, Fundación Universitaria del Área Andina. Correo: nibecerra@areandina.edu.co

Resumen

En el artículo se describe cómo la errónea interpretación y valoración de las evidencias digitales en el contexto de los procesos administrativos, estaría desencadenando graves afectaciones a derechos fundamentales como el Acceso a la Justicia y Debido Proceso. Problemática que se ha hecho más gravosa desde la declaratoria mundial del COVID-19 como pandemia en 2020, pues obligó a digitalizar los procesos judiciales y administrativos. Esta adaptación ha puesto en evidencia que no solo existen vacíos normativos sobre el particular, sino que también es notable el retraso en las entidades públicas para la adopción y puesta en funcionamiento de nuevas herramientas tecnológicas que faciliten y garanticen la Justicia Digital. Para resolver el objetivo de esta investigación se efectúa un marco de referencia desde distintas fuentes del derecho vigentes en Colombia, así como los principios rectores que definen la validez jurídica de las evidencias digitales y las pruebas electrónicas en el procedimiento administrativo colombiano, sentando además la discusión sobre esta problemática.

Palabras clave: Pandemia, justicia digital, derecho digital, *legaltech*, evidencias digitales, pruebas electrónicas, mensaje de datos, validez jurídica, proceso.

Introducción

La aparición del Coronavirus COVID-19 en el mundo desde finales del año 2019 y catalogado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una pandemia el 11 de marzo de 2020, ha traído consigo una grave crisis mundial de orden económico, social, público y de la justicia, entre otros aspectos, pero no todo ha sido negativo, la pandemia impulsó grandes cambios positivos en la humanidad resultado del proceso de adaptación a las nuevas circunstancias.

Uno de los cambios más importantes fue la potenciación de la “revolución tecnológica”, que ha permitido de manera más rápida y eficiente adaptar gran parte de los procesos humanos al universo de las nuevas tecnologías. La adaptación, mejoramiento y transformación de nuestras vidas y procesos al mundo digital es una realidad sin retorno, se debe entender que paralelo a nuestro mundo tangible existe un mundo digital en el que actualmente se desarrollan todo tipo de activida-

des. Desde el contexto del derecho, se firman contratos de toda clase, se hacen audiencias judiciales, acuerdos conciliatorios, sesiones legislativas, toma de decisiones, asuntos notariales, contratación con el Estado, instrucción de procesos judiciales, digitalización de procesos, presentación de demandas, promulgación de normas, almacenamiento de procesos en la nube, fallos judiciales, entre otros. Es un espacio en el que también se cometen delitos, nacen conflictos, controversias y son vulnerados derechos de todo tipo. La web es entonces un lugar virtual en el cual precisamente se alojan millones de datos que pueden ser evidencias digitales indispensables para resolver un litigio.

Estos cambios implican grandes retos para las sociedades y sus gobernantes. Es así como la pandemia ha obligado a repensar la forma de organización y de actuación de las entidades del Estado como garantía para el cumplimiento de sus fines esenciales²² (Constitución Política, 1991), el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y como medida preventiva para contener los contagios del virus. Las entidades públicas están en la obligación de adaptar todos sus procedimientos, actuaciones y decisiones al plano digital a través del universo de la web por medio de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, garantizando el orden social y justo de cara a esta situación calamitosa.

Con la “Declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en Colombia”, en el mes de marzo de 2020 fueron suspendidos los términos en todas las actuaciones judiciales y procesos administrativos, exceptuando algunos casos relacionados con protección de derechos fundamentales, lo que obligó a que estas se adelanten de forma virtual por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, y evitar el contagio y propagación del virus COVID-19.

Con el levantamiento de la suspensión de términos judiciales (01 de julio de 2020) se inició una nueva era en la justicia colombiana, que implica la puesta en marcha de una vez por todas al retrasado y lento programa “Justicia siglo XXI”, lo que obliga a todos los despachos a

22 Inciso 2° del artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

continuar prestando el servicio de justicia a través de medios virtuales, debiendo garantizar la protección a los servidores judiciales y sus usuarios al contagio del virus.

Para garantizar la justicia en el campo digital en términos generales hay que hablar de “justicia digital”, expresión que sintetiza la relación entre el derecho y la tecnología, siendo obligatorio diferenciar entre el derecho digital, en el cual se regulan todos los hechos, actos o contratos del mundo virtual, explicado de una forma más clara por Yhorman y Sierra (2020) como “...el derecho digital es la rama del derecho que se encarga del estudio de las nuevas regulaciones jurídicas que han tenido que surgir para velar por el buen uso de las tecnologías digitales en la sociedad...” y la tecnología aplicada al derecho, también conocida como Legaltech (*legal technology*), como las herramientas tecnológicas que facilitan la labor de los juristas. Estas divisiones del derecho digital demandan amplia interiorización de todos los actores de la justicia, proponiendo un gran reto para la puesta en funcionamiento de una justicia digital”, vista no solo desde la función judicial sino también desde las actuaciones administrativas de los servidores públicos.

Adoptar prontamente la “justicia digital” implica que los abogados se adapten al espacio digital, comprometidos con innovar los procesos, los procedimientos, de hacer más asequible la justicia para todos los ciudadanos.

Para el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Quiroz Monsalve, 2020), la justicia digital es:

...el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones en las diferentes jurisdicciones mediante dos (2) componentes: i) el Expediente Electrónico, que se refiere propiamente al conjunto documental de todas las actuaciones procesales de las partes, sus apoderados, los auxiliares de la justicia y los administradores de Justicia, y ii) el Litigio en Línea, que es la posibilidad de presentar demandas, contestaciones, asistir a audiencias, presentar pruebas y demás actuaciones por medios electrónicos.

Está claro entonces que en la justicia digital en algún momento de las etapas procesales será preciso obtener, asegurar, presentar, aceptar,

decretar, sustentar y validar la Evidencia Digital y las Pruebas Electrónicas, en adelante EDiPE (Lara Bonilla, 2020)²³. En la actualidad la Ley 1437 (2011), en su parte primera, no regula con claridad lo concerniente a las EDiPE en el procedimiento administrativo; es primordial, entonces, hacer una remisión normativa a la parte segunda de esta misma ley en la cual se contempla la posibilidad de la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios²⁴. Sin embargo, continúa habiendo vacíos normativos que requieren la remisión al Código General del Proceso y a la Ley 527 (1999)²⁵. La validez de la evidencia digital y las pruebas electrónicas generan grandes dilemas, dudas y vacíos normativos que afectan considerablemente el propósito del derecho, según Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2020).

Entiéndase por evidencia digital cualquier medio probatorio en mensaje de datos que esté almacenado o sea transmitido en formato digital, de tal manera que tenga vocación a probar un acto, contrato o hecho que sea relevante en un juicio o proceso judicial.

Un claro ejemplo por estos días de la importancia que han adquirido las evidencias digitales se da por cuenta del aumento de delitos informáticos derivados de la alta demanda por el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la web, hecho que a la par ha incrementado la actividad delincinencial en el ciberespacio. Las cifras indican que el aumento de delitos informáticos entre enero y mayo de 2020 fue de un 45,12%²⁶ comparado con el mismo periodo del año anterior.

Con el levantamiento de términos para las actuaciones administrativas, los hechos, actos o contratos que tengan como escenarios las tecnologías de la información y las comunicaciones, y pretendan ser presentados y probados ante las autoridades, esencialmente debe-

23 Términos y abreviaturas adoptadas en las Cartillas de capacitación de la Escuela Judicial RLB.

24 **Ley 1437 de 2011, Artículo 216.** Utilización de medios electrónicos para efectos probatorios. Será admisible la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia y en concordancia con las disposiciones de este Código y las del Código de Procedimiento Civil.

25 **Ley 527 de 1999**, "por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones".

26 Cifras reveladas en capacitación de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

rán hacerse a través de las evidencias digitales, lo que implica que los funcionarios deban hacer una racional y adecuada interpretación de ellas, so pena de dar origen a litigios contenciosos administrativos por violación directa a derechos fundamentales y daños materiales e inmateriales generados de la omisión o extralimitación de sus funciones.

En la actualidad, muchas entidades han clasificado la falta de conocimientos legales, la omisión, extralimitación, negligencia y la irracionalidad en las actuaciones en las entidades del Estado como un riesgo que genera un daño antijurídico, y se ha convertido en un problema que perturba y genera malestar en las comunidades generando incertidumbre sobre la intención de una justicia social.

Este problema tiende a agravarse hacia el futuro en especial con la aplicación de la Ley 2052 (2020)²⁷, que rige desde la fecha de publicación y entre otras cosas obliga a la Rama Ejecutiva del nivel nacional y territorial, así como a los particulares que cumplan funciones públicas o administrativas a automatizar y digitalizar la gestión interna de los trámites para mejorar la atención a los ciudadanos, lo que conlleva a que se aumente la violación de derechos y principios fundamentales, debido al desconocimiento de muchos funcionarios en el manejo, interpretación y valoración de las evidencias digitales en sus funciones y actuaciones.

Las estadísticas de la Corte Constitucional sobre las acciones de tutela interpuestas por violación al debido proceso administrativo reflejan su problemática y aumento en los últimos años; de cara a este escenario, conviene entonces reconocer la importancia de potenciar los conocimientos en la interpretación y validez de las evidencias digitales, con el fin de disminuir estas cifras.

Al abordar el tema desde la óptica del procedimiento administrativo, no se observa ningún interés o avance del Ejecutivo por adaptarse a este nuevo contexto; en todo caso, tal como aplica en la remisión nor-

27 Ley 2052/2020: tiene por objeto establecer disposiciones transversales a la Rama Ejecutiva del nivel nacional y territorial y a los particulares que cumplan funciones públicas y/o administrativas, en relación con la racionalización de trámites, con el fin de facilitar, agilizar y garantizar el acceso al ejercicio de los derechos de las personas, el cumplimiento de sus obligaciones, combatir la corrupción y fomentar la competitividad.

mativa, cuando hay vacíos en las normas, será forzoso copiar y aprender de los avances que hasta ahora ha mostrado la Rama Judicial.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, conviene preguntarse: ¿Cuál ha sido el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, de la validez jurídica y probatoria de la evidencia digital aplicado al procedimiento administrativo colombiano?

Se fija entonces como objetivo general de esta investigación identificar el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de la validez jurídica y probatoria de la evidencia digital aplicado al procedimiento administrativo colombiano. Como objetivos específicos (i) exponer las fuentes de derecho aplicables a la Evidencia Digital y la Prueba Electrónica; (ii) señalar los principios rectores y características de la Evidencia Digital y la Prueba Electrónica; y (iii) establecer el contexto actual y futuro de la validez jurídica y probatoria de la Evidencia Digital y la Prueba Electrónica.

Metodología

Una vez identificado el problema con base en la recolección de información de diferentes fuentes, se concretó la clase de enfoque en esta investigación que permitiera desde una óptica del derecho, conocer la problemática actual y su proyección al futuro, como potencial factor de riesgo en la vulneración de derechos fundamentales en las actuaciones administrativas.

Para conseguir el objetivo en esta investigación se concluye que este tipo de investigación fue abordada desde el enfoque cualitativo. Según Hernández Sampieri y otros (2014):

Este tipo de enfoque utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación...las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y escribir, y luego generar perspectivas teóricas)...en la mayoría de los estudios cualitativos no se prueban hipótesis, sino que se generan durante el proceso y se perfeccionan conforme se recaban más datos; son un resultado del estudio...procede caso por caso, dato por dato, hasta llegar a una perspectiva más general.

Este tipo de investigación busca como objetivo principal entender la problemática presente y futura por cuenta de la mala interpretación y validez de las evidencias digitales en el procedimiento administrativo aplicado por las entidades del Estado. Para llegar a este conocimiento fue preciso conocer los hechos que enmarcan el problema, comprender cuales han sido las debilidades o malas prácticas a través de labores de recolección y análisis profundo de la información obtenida, proveniente de las distintas fuentes, para luego llegar a la comprensión propia de la problemática y el planteamiento de factibles soluciones al mismo.

Esta clase de enfoque investigativo requirió la búsqueda de hechos y el posterior análisis exhaustivo y ordenado desde las distintas fuentes del derecho, revisión de otros documentos, el concepto de expertos en la materia, las experiencias propias de los afectados, la observación de la problemática actual, la visión futurista del comportamiento del fenómeno, la promulgación de nuevas normas jurídicas y su aceptación, entre otros aspectos.

Una vez definido el enfoque de investigación se procede a seleccionar la investigación descriptiva-explicativa con la finalidad de caracterizar y explorar las posibles causas del problema de investigación. Analizar el origen, desarrollo y las posibles soluciones al problema, con base en las opiniones de expertos, lo que establecen las normas jurídicas y su relación y comparación con hechos fácticos. La investigación descriptiva-explicativa “está dirigida a responder por eventos fenómenos físicos y sociales, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno, en qué condiciones se manifiesta y por qué se relacionan dos o más variables” (Hernandez Sampieri y otros, 2014, p. 94).

La aplicación propia de las características de la investigación descriptiva-explicativa permitió explorar cuál es el estado actual del problema, su descripción detallada de lo que representa el fenómeno existente en el campo del derecho, su correlación con la misma problemática y cómo se está manejando desde otras ramas del derecho público en Colombia. Según Hernandez Sampieri y otros (2014):

Las investigaciones explicativas son más estructuradas que los estudios con los demás alcances y, de hecho, implican los propósitos

de éstos (exploración, descripción y correlación o asociación); además de que proporcionan un sentido de entendimiento del fenómeno a que hacen referencia.

Pese a que la validez jurídica de las evidencias es un tema que ha sido estudiado por una gran cantidad de profesionales del derecho desde el derecho procesal y probatorio, la validez jurídica de las evidencias digitales es un tema sobre el cual muy poco se ha escrito en nuestro país. Es apropiado entonces considerar que esta clase de problemática conviene estudiarla a partir de las técnicas y referentes de la investigación descriptiva-explicativa.

Para lograr el objetivo de esta investigación se utilizó como técnica de recolección de información la revisión documental de texto jurídico a través del instrumento conocido como matriz de análisis. Una vez construido y analizado obliga a exponer las fuentes de derecho aplicables a la evidencia digital y la prueba electrónica como una parte en la consecución del objetivo y la respuesta a la pregunta de esta investigación.

Resultados o hallazgos

Fuentes de derecho aplicables a la evidencia digital y la prueba electrónica

Esta matriz de análisis resume un grupo de normas, sentencias y una amplia doctrina sobre la validez jurídica de las evidencias digitales, especialmente en el ejercicio de la justicia ordinaria, pero necesariamente aplicable a través de la remisión normativa²⁸ a los procesos administrativos propios de las autoridades del orden nacional y territorial, así como a los particulares que cumplan funciones públicas y/o administrativas.

28 Sentencia C-507/2006: Para que la remisión normativa que eventualmente se efectúe sea constitucional i) la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto; ii) que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad.

Tabla 1. Matriz de análisis - Fuentes del derecho

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
1995	(DECRETO LEY 2150 art 26, 1995)	Decreto anti –trámites	<p>Art.26. <i>Utilización de sistemas electrónicos de archivo y transmisión de datos.</i> Las entidades deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración.</p> <p>En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de los estándares tecnológicos que las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares.</p>	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1408573
1996	(LEY MODELO DE COMERCIO ELECTRÓNICO, 1996)	Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.	<p>La finalidad de la Ley Modelo es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de "comercio electrónico".</p>	https://www.unctad.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
1996	(RESOLUCIÓN 51/162 CNUDMI, 1996)	Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.	Servirá también para orientar a los usuarios de los medios electrónicos de comunicación en los aspectos jurídicos de su empleo, así como a los estudiosos en la materia.	http://campus.usal.es/~derinfo/derinfo/CE/GCNUDMI.HTM
1996	(LEY 270 1996 art.13 y 95, 1996)	Ley Estatutaria de la administración de justicia	<p>Art. 13. <i>Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:</i></p> <p>2. <i>Las autoridades administrativas respecto de conflictos entre particulares, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal.</i></p> <p>Artículo 95. <i>Tecnología al servicio de la administración de justicia. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la</i></p>	http://www.suin-juriscol.gov.co/view-Document.asp?ruta=Leyes/1657238

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
			<p>formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.</p> <p>“...Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establece la ley...”</p>	
1999	(LEY 527, 1999)	<p>Reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales.</p>	<p>Art. 2 Definición de mensajes de datos</p> <p>Art. 5 Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.</p> <p>Art. 6, 7, 8 y 28 Equivalente funcional de los documentos escritos; la firma manuscrita y el documento original.</p> <p>Art. 10 y 11. Eficacia probatoria de la Evidencia Digital</p> <p>Art. 9 Criterio de integridad</p> <p>Art. 14 Formación de los contratos electrónicos.</p> <p>Art. 2 Literal c. Firma digital</p>	<p>http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1662013#:~:text=Cuando%20se%20conceda%20alg%C3%BAn%20derecho,en%20papel%2C%20ese%20requisito%20quedar%C3%A1</p>

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2000	(LEY 594 art 19 2000, 2000)	Ley General de Archivos	<p>Art. 19. <i>SopORTE documental.</i> Las entidades del Estado podrán incorporar tecnologías de avanzada en la administración y conservación de sus archivos, empleando cualquier medio técnico, electrónico, informático, óptico o telemático, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:</p> <p>a) Organización archivística de los documentos;</p> <p>b) Realización de estudios técnicos para la adecuada decisión, teniendo en cuenta aspectos como la conservación física, las condiciones ambientales y operacionales, la seguridad, perdurabilidad y reproducción de la información contenida en estos soportes, así como el funcionamiento razonable del sistema.</p>	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Le-yes/1663152
2004	(LEY 906 art. 275 Lit.g, 2004)	Código de Procedimiento Penal	<p>Art. 275. <i>Elementos materiales probatorios y evidencia física.</i> Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:</p> <p>g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, telex,</p>	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Le-yes/1670249

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
			telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adiciones o reformen.	
2005	(LEY 962 art. 19 de 2005, 2005)	Supresión de trámites	Art. 19. Publicidad y notificación de los actos de registro y término para recurrir: Para los efectos de los artículos 14, 15 y 28 del Código Contencioso Administrativo, las entidades encargadas de llevar los registros públicos podrán informar a las personas interesadas sobre las actuaciones consistentes en solicitudes de inscripción, mediante la publicación de estas en medio electrónico público, en las cuales se indicará la fecha de la solicitud y el objeto del registro.	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Le-yes/1671809
2007	(ONU, 2005)	Convención sobre la Utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos Internacionales	Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.	https://www.un-citral.org/pdf/spa-nish/texts/elect-com/06-57455_Ebook.pdf
2009	(LEY 1341 de 2009)	Ley de la sociedad de la información y las TIC'S	Garantía del Estado en la adopción de tecnologías teniendo en cuenta las normativas internacionales.	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Le-yes/1677762

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2011	(LEY 1437, 2011)	Código procedimien- to Administrativo y de lo Contencioso administrativo	<p>Art. 3°. <i>Principios</i>. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.</p> <p>13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.</p> <p>Art. 40 <i>Pruebas inciso 4°</i>. Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimientos Civil.</p> <p>Capitulo IV Utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo.</p> <p>Ar. 216. <i>Utilización de medios electrónicos para efectos probatorios</i>. Será admisible la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia y en concordancia con las disposiciones de este Código y las del Código de Procedimiento Civil.</p>	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Le-yes/1680117

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2012	(LEY 1564 de 2012, 2012)	Código General del Proceso	<p>Artículo 78. Deberes de las partes y sus apoderados. Son deberes de las partes y sus apoderados:</p> <p>12. Adoptar las medidas para conservar en su poder las pruebas y la información contenida en mensajes de datos que tenga relación con el proceso y exhibirla cuando sea exigida por el juez, de acuerdo con los procedimientos establecidos en este código.</p> <p>Art. 243. Distintas clases de documentos: Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.</p> <p>Art. 247. Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron</p>	<p>http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=LeYES/1683572</p>

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
			generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos. (...)	
2012	(Decreto 2364 art. 7, 2012)	Reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999	Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente.	http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/NOVIEMBRE/22/DECRETO%202364%20DEL%2022%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202012.pdf

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2012	(Decreto Ley 19 de 2012, 2012)	Ley Anti-trámites	Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decre- tos/1004430#:-: text=DECRETO%2019%20DE%202012&text=CONSIDERAN- DO%3A,la%20efec- tividad%20de%20 sus%20derechos.
2014	(Decreto 3333 de 2008, 2008)	Por el cual se reglamenta el artículo 160 del Decreto-ley 19 de 2012	Tiene por objeto definir el régimen de acreditación de las entidades de certificación.	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1848847
2015	(Decreto 1078, 2015)	Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.	Art. 2.17.1.2. <i>Ámbito de aplicación.</i> Serán sujetos obligados a la aplicación del presente título, todos los organismos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, los órganos autónomos e independientes del Estado, y los	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30019521

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
			particulares, cuando cumplan funciones administrativas o públicas. Art.2.2.17 6.5. Registro de documentos electrónicos. Los sujetos señalados en el artículo 2.2.17.1.2. de este Decreto deberán disponer los servicios de registro de documentos electrónicos, accedidos a través de la sede electrónica, para la recepción y remisión de peticiones, escritos y documentos. Título 17 Lineamientos generales en el uso y operación de los servicios ciudadanos digitales.	
2020	(Decreto 620 de 2020, 2020)	Subroga el título 17 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1078 de 2015	"Masificación del gobierno en línea", las entidades públicas deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el máximo aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en el desarrollo de sus funciones.	http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=30039155
2015	(Acuerdo 003 de 2015, 2015)	Archivo General de la Nación	Por el cual se establecen lineamientos generales para las entidades del Estado en cuanto a la gestión de documentos electrónicos generados como resultado del uso de medios electrónicos	https://normativa.archivogeneral.gov.co/acuerdo-003-de-2015/

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2016	(Decreto 415 de 2016, 2016)	Fortalecimiento tecnologías de la información	Lineamientos para el fortalecimiento institucional y ejecución de los planes, programas y proyectos de tecnologías y sistemas de información en la respectiva entidad.	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30020275
2020	(Decreto 491 de 2020, 2020)	Medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas	Art. 4. Notificación o comunicación de actos administrativos. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos. Para el efecto en todo trámite, proceso o procedimiento que se inicie será obligatorio indicar la dirección electrónica para recibir notificaciones, y con la sola radicación se entenderá que se ha dado la autorización.	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039011#:~:text=Que%20mediante%20el%20Decreto%20417,del%20nuevo%20Coronavirus%20COVID%20D19.
2020	(Decreto 806 de 2020, 2020)	Se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones	Art. 1. Objeto. Este decreto tiene por objeto implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción	https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20806%20DEL%204%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf

(Continúa)

Normas jurídicas				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
			ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, <u>así como, las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales, durante el término de vigencia del presente decreto. Eliminación requisito de presentación personal de los poderes. Notificaciones personales podrán hacerse por medios electrónicos.</u>	
2020	(LEY 2052, 2020)	Establece disposiciones en relación con la racionalización de trámites.	Obliga a la Rama Ejecutiva del nivel nacional y territorial, así como a los particulares que cumplan funciones públicas y/o administrativas a automatizar y digitalizar la gestión interna de los trámites para mejorar la atención a los ciudadanos.	http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Le-yes/30039726
2022	(Ley 2213 de 2022, 2022)	Vigencia permanente Decreto ley 806/2020	Objeto. adoptar como legislación permanente el Decreto Ley 806 de 2020 con el fin de implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales.	https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Le-yes/30044248

(Continúa)

Jurisprudencia				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
1996	(Sentencia 037, 1996)	Revisión constitucional	<i>Revisión constitucional proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia</i>	https://www.cor-teconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm
2010	(Sentencia 2004 01074, 2010)	Valor probatorio del documento electrónico	Prueba en medio electrónico. bien es sabido que la autenticidad del documento es un requisito ineludible de su eficacia, de modo que cuando carece de ella, es decir, cuando no se tiene certeza de quién es su autor, el mismo está desprovisto de cualquier vigor probatorio, la autenticidad del mensaje de datos corre paralela con la confiabilidad del mismo, determinada por la seguridad de que éste dotado en cuanto a la forma como se hubiese generado y conservado la integridad de la información y, por supuesto, en la forma en que se identifique a su iniciador y la asociación de este a su contenido.	http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol_9a85a-11c9e230056e0430a0101510056
2000	(Sentencia C-662, 2000)	Acción de inconstitucionalidad Ley 527	Otorga plena validez a los mensajes de datos siempre que se logre identificar al emisor.	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20036180

(Continúa)

Jurisprudencia				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2001	(Sentencia C-831, 2001)	Acción de inconstitucionalidad	Uso de las tecnologías de la información y mensajes de datos como herramientas para el cumplimiento como operadores jurídicos.	https://www.cor-teconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-831-01.htm
2013	(Sentencia T-283, 2013)	Derecho acceso a la justicia. Fundamento justicia digital	Adopción de normas y medidas que permitan a cualquier persona de ser parte en un proceso y de utilizar cualquier medio que la normatividad le proporcione para formular sus pretensiones.	https://www.cor-teconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-283-13.htm#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20administraci%C3%B3n,orden%20jur%C3%AAdico%20y%20por%20la
2016	(Sentencia C-604, 2016)	Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 247 del CGP	Validez jurídica de los mensajes de datos aportados en un proceso judicial o administrativo	https://www.cor-teconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-604-16.htm

(Continúa)

Jurisprudencia				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2019	(Sentencia SC2420-2019, 2019)	Uso de las TIC	Deber de procurar el uso de las Tecnologías de la información en la administración de justicia, con el fin de facilitar la actividad de la justicia, sino también de garantizar derechos fundamentales como el debido proceso.	https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/SC-2420-2019.pdf
2019	(Sentencia STC15548-2019, 2019)	Notificación personal electrónica a personas naturales	Proceso declarativo: defecto procedimental por indebida interpretación normativa al no darle validez a la notificación del auto admisorio de la demanda efectuada por la demandante mediante correo electrónico remitido a los demandados.	https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/tutorias/B%20ENE2020/FICHA%20STC15548-2019.docx
2020	(Sentencia T-043, 2020)	Tutela mensajes de WhatsApp como prueba electrónica	Se consideraría prueba electrónica a cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material, que depende de un hardware, es decir, la parte física de la prueba y visible para cualquier usuario de a pie, por ejemplo, la carcasa de un Smartphone o un USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software, consistente en metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas.	https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-043-20.htm

(Continúa)

Jurisprudencia				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2020	(Sentencia 1100102030 0020200102 500, 2020)	Recepción de correo electrónico para notificación personal puede acreditarse con cualquier medio	La notificación se entiende surtida cuando es recibido el correo electrónico como instrumento de enteramiento, mas no en una fecha posterior cuando el usuario abre su bandeja de entrada y da lectura a la comunicación, pues habilitar esta situación, agrega el fallo, implicaría que la notificación quedaría al arbitrio de su receptor.	http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRepositorio/csj/index.xhtml
Doctrina				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2000	(Directiva presidencial 02, 2020)	Gobierno en Línea	El gobierno trazo una agenda de conectividad como una política de Estado, que buscaba masificar el uso masivo de las tecnologías de la información en Colombia.	https://www.mintic.gov.co/porta/604/articulos-3646_documento.pdf
2007	(ONU, 2005)	Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales	La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados	https://www.unctral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf

(Continúa)

Doctrina				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2009	(3620, 2009)	Documento CONPES 3620	Recomendaciones uso de la firma electrónica.	https://habeasdata-colombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/merci-electronico-3620-conpes-3620-nov-2009.pdf
2019	(PROTECCION, 2019)	Informática jurídica	El derecho de petición por medios electrónicos para la protección y defensa de los Derechos Humanos	http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el-derecho-de-peticion-por-medios-electronicos-para-la-proteccion-y-defensa-de-los-derechos-humanos/

(Continúa)

Doctrina				
Año	Fuente del derecho	Categoría	Tema	Enlace
2019	Ley 1952 art.13, 2019)	Código General Disciplinario	Artículo 122. <i>Notificación por medios de comunicación electrónicos.</i> Las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y, por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera.	http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=LeYES/30036201#:~:text=Con%20el%20fin%20de%20salvaguardar,disciplinable%20ejercer%20derechos%2C%20cumplir%2C%20
2020	(Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2020)	Evidencia Digital Aspectos Generales	En mayo de 2020 la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" dio a conocer a los funcionarios de la Rama Judicial tres cartillas, videos y podcast como herramienta de capacitación en parámetros técnicos y normativos sobre las evidencias digitales en Colombia. (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2020)	https://anchor.fm/evidenciadigital
2020	(Informe estadístico, 2019)	Informe Estadístico	Estadísticas de la Corte Constitucional de la presentación de acciones de tutela por violación al debido proceso administrativo.	https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php

Nota. Elaboración propia.

Para sintetizar estos hallazgos conviene exponer una línea de tiempo desde 1995 como evidencia de la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria sobre esta materia.

El artículo 26 del (Decreto Ley 2150, art. 26, 1995), Ley antitrámites, sentó las bases sobre la posibilidad de que las entidades de la administración pública habilitaran sistemas de transmisión electrónica, lo que se conoce como correos electrónicos, para que los usuarios enviaran y recibieran información requerida sobre sus actuaciones.

Desde el año 1995, Colombia adoptó la Ley Modelo de Comercio Electrónico, expedida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, como norma orientadora y vinculante para la expedición de normas, desde entonces se han expedido a nivel nacional diez leyes, nueve decretos, un acuerdo, seis sentencias constitucionales, tres sentencias de Corte Suprema, y distintos textos como guía doctrinal. En 1996, Colombia adopta la Ley Modelo de Comercio Electrónico (1996) aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), como fuente de derecho para la promulgación de la Ley 527 (1999)²⁹, determinando estas fuentes como los pilares que le dan validez jurídica a los mensajes de datos, entendidos estos como el formato universal que deben adoptar las evidencias digitales de toda clase.

En 1999 fue expedida la Ley 527, considerada actualmente como el estándar jurídico que regula la legalidad de los mensajes de datos y las firmas digitales en todas las ramas del derecho en Colombia. Esta ley es, además, la primera que reglamenta la aplicación del principio de equivalencia funcional³⁰, entendido este como aquel que permite

29 Reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales.

30 **Ley 527 de 1999, Artículo 6°.** Escrito, Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

Artículo 7°. Firma. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de esta, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si: a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación, b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye

que todo aquello que se pueda realizar por un medio físico o tradicional pueda ser realizado por medios electrónicos con el mismo valor jurídico y probatorio.

Se destacan en esta ley los siguientes artículos: artículo 2 de la Ley 527 de 1999³¹ que define las variadas clases de información como mensaje de datos, en adelante MD, catalogada además en el ámbito doctrinal como la unidad de medida de las evidencias digitales. El MD es entonces la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, videos, fotografías, etc.

Así mismo, el artículo 5⁹³² entrega un reconocimiento claro y jurídico a los MD evitando que se niegue su validez y fuerza probatoria de su exposición en las distintas áreas del derecho, y el artículo 12³³ define

una obligación como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.

Artículo 8º Original. Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, así. a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.

Artículo 28. Atributos jurídicos de una firma ciertas. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido de este.

Parágrafo. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquélla incorpora los siguientes atributos: 1. Es única a la persona que la usa. 2. Es susceptible de ser verificada. 3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa. 4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que, si estos son cambiados, la firma digital es invalidada. 5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.

31 **Ley 527 de 1999, artículo 2º.** Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por: a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

32 **Ley 527 de 1999, artículo 5º.** Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

33 **Ley 527 de 1999, artículo 12.** Artículo 12. Conservación de los mensajes de datos y documentos. Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese, requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta. 2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún

los requisitos de conservación de los MD como criterios garantistas de la transparencia, publicidad, disponibilidad y eficacia en las actuaciones administrativas. Es de suma importancia además la definición y explicación que concede el artículo 10 y 11 de esta ley sobre la admisibilidad, fuerza probatoria y criterios de valoración de los mensajes de datos MD como medios de prueba, siguiendo además los lineamientos definidos en el Código General del Proceso.

La Ley 594 (2000), “Ley General de Archivo”, artículo 19,³⁴ incorporó la posibilidad de que las autoridades conservaran y administraran sus archivos de forma digital, incluyendo los procesos administrativos en sus distintas etapas, garantizando su consulta en cualquier momento en virtud de los principios de autenticidad e integridad, característicos de los mensajes de datos (MD). De igual forma, la (LEY 906 art. 275 Lit.g, 2004) “Código de Procedimiento Penal” otorgó a los Mensajes de Datos MD el carácter de elemento material probatorio y evidencia.

En el año 2007, la Convención de la ONU³⁵ sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales sentó un precedente claro sobre la validez que están obligados a reconocer los Estados miembro a los actos, contratos y hechos que se efectúen a través de medios tecnológicos digitales, mostrando una guía clara de la importancia de los mensajes de datos (MD) como fundamento y garantía de justicia digital.

formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y 3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita. determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento. No estará sujeta a la obligación de conservación, la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos. Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta.

34 Ley 594 de 200, Artículo 19. Soporte documental. Las entidades del Estado podrán incorporar tecnologías de avanzada en la administración y conservación de sus archivos, empleando cualquier medio técnico, electrónico, informático, óptico o telemático, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos: a) Organización archivística de los documentos; b) Realización de estudios técnicos para la adecuada decisión, teniendo en cuenta aspectos como la conservación física, las condiciones ambientales y operacionales, la seguridad, perdurabilidad y reproducción de la información contenida en estos soportes, así como el funcionamiento razonable del sistema.

35 Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

El numeral 13³⁶ del artículo 3 de la Ley 1437 (2011), que en su parte primera regula el procedimiento administrativo, permitió a través de la interpretación del principio de celeridad conminar a las autoridades para que incentiven el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en busca de lograr que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas. Así mismo, el Capítulo IV³⁷ precisa la “Utilización de Medios Electrónicos en el Procedimiento Administrativo”, regulando especialmente los procedimientos, trámites, actuaciones, documentos, notificaciones, actos, expedientes, sedes, sesiones virtuales, expedientes en el campo electrónico, la recepción y prueba de recepción de los mensajes de datos (MD), pero no así, respecto de las evidencias digitales, pues no precisa el manejo y validez que se debe dar a las mismas. De otro lado, el artículo 216³⁸ de la parte segunda del CPACA en su capítulo de pruebas, precisa la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios en concordancia con las disposiciones establecidas en el Código General del Proceso relativo a las Evidencias Digitales.

36 Ley 1437 de 2011, Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. 13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

37 Ley 1437 de 2011, Capítulo IV. Utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo.

Artículo 53. Procedimientos y trámites administrativos a través de medios electrónicos.

Artículo 54. Registro para el uso de medios electrónicos.

Artículo 55. Documento público en medio electrónico.

Artículo 56. Notificación electrónica.

Artículo 57. Acto administrativo electrónico.

Artículo 58. Archivo electrónico de documentos.

Artículo 59. Expediente electrónico.

Artículo 60. Sede electrónica.

Artículo 61. Recepción de documentos electrónicos por parte de las autoridades.

Artículo 62. Prueba de recepción y envío de mensajes de datos por la autoridad.

Artículo 63. Sesiones virtuales.

Artículo 64. Estándares y protocolos.

38 Ley 1437 de 2011, Artículo 216. Utilización de medios electrónicos para efectos probatorios. Será admisible la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia y en concordancia con las disposiciones de este Código y las del Código de Procedimiento Civil.

A su vez, la Ley 1564 de 2012 (2012) en el artículo 103³⁹ integró las EDi-PE validando el “uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el procedimiento” por medio de una remisión normativa a la Ley 527 de 1999, de la misma forma el artículo 243⁴⁰ considera la Evidencia Digital o Prueba Electrónica como una especie de género documental, y en el artículo 247⁴¹ se incluye la valoración de los mensajes de datos creando una confusión, pues se aceptan las pruebas digitales presentadas en cualquier formato (inclusive impreso), remitiendo forzosamente a consultar lo que establece la Ley 527 de 1999.

El Decreto Ley 19 de 2012 (2012) definió los principios aplicables para la formulación de políticas públicas que permitan la racionalización de trámites administrativos a través de medios electrónicos y reguló las actividades que pueden cumplir las entidades de certificación, dentro de las que se encuentra la generación de firmas digitales y la conservación de mensajes de datos (MD). En el mismo sentido y con la intención de ampliar el conocimiento sobre la firma electrónica, se expidió en el año 2012 en el Decreto 2364, art. 7 (2012).

Por medio del artículo⁴² **2.2.17.6.5. del** Decreto 1078 (2015), Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, obliga a las entidades públicas a facilitar el registro de

39 **Ley 1564 de 2012, Artículo 103.** Uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura. Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de mensajes de datos. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos. En cuanto sean compatibles con las disposiciones de este código se aplicará lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, las que lo sustituyan o modifiquen, y sus reglamentos.

40 **Ley 1564 de 2012, Artículo 243. Distintas clases de documentos.** Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

41 **Ley 1564 de 2012, Artículo Valoración de mensajes de datos.** Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.

42 **Decreto 1078, artículo 2.2.17.6.5. Registro de documentos electrónicos.** Los sujetos señalados en el artículo 2.2.17.1.2. de este Decreto deberán disponer los servicios de registro de documentos electrónicos, accedidos a través de la sede electrónica, para la recepción y remisión de peticiones, escritos y documentos.

documentos por medio de su sede electrónica. Igualmente, con la declaratoria de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, el artículo 4 del Decreto 491 de 2020 obligó a que todas las notificaciones, comunicaciones o actos administrativos que expidan las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas en las entidades se haga por medios electrónicos.

En los últimos días se expidió la Ley 2052 (2020) que obliga a la Rama Ejecutiva del nivel nacional y territorial, así como a los particulares que cumplan funciones públicas y/o administrativas a automatizar y digitalizar la gestión interna de los trámites para mejorar la atención a los ciudadanos.

Se destaca, además, la expedición del Decreto 806 como una importante herramienta para dinamizar la Justicia Digital, sumado a la presentación del seminario “Evidencia Digital” de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, como una gran fuente doctrinaria de consulta indispensable y fundamental para el entendimiento y acercamiento a las evidencias digitales (EDiPE) en todos sus aspectos.

Temas como la validez jurídica de los mensajes de datos (MD), el uso de las tecnologías de la información en la administración de justicia, la prueba en medio electrónico, la notificación personal electrónica y los mensajes de WhatsApp como prueba electrónica, han sido objeto de estudio y análisis por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, sentando una importante línea jurisprudencial que guía y orienta las decisiones de jueces y autoridades.

En cuanto a la doctrina aplicable al tema de la investigación, han surgido diferentes posturas; sin embargo, todos coinciden en la necesidad de establecer un vínculo intrínseco entre las nuevas regulaciones jurídicas y la informática forense como la técnica que procesa las evidencias digitales. Alianza que obligatoriamente deberá ser apropiada e interiorizada por los funcionarios falladores, juzgadores y sustanciadores de los procesos administrativos.

Las estadísticas de la Corte Constitucional revelan que en el periodo enero 2019-marzo 2020 en Colombia se interpusieron 103.094 tutelas

por violación al debido proceso, de las cuales 32.191 fueron exclusivamente por violación al debido proceso administrativo, ocupando el segundo lugar después de la violación al ejercicio de defensa como las razones de derecho más demandadas.

Figura 1. Estadística - Tutelas presentadas en Colombia periodo enero 2019-marzo 2020



Nota. Estadísticas Corte Constitucional.

Principios rectores y características de la evidencia digital y la prueba electrónica

Para la construcción de la evidencia digital es necesario conocer cuáles son las actividades dentro de su proceso que, de acuerdo con distintos doctrinantes del tema, para que los mensajes de datos (MD) sean considerados evidencia digital, preliminarmente han debido someterse a un ciclo que comprende la identificación, preservación, recolección, análisis y presentación de resultados, fundamentales para garantizar su efectividad cuando de probar un acto, hecho o contrato se trate. Los datos que potencialmente lleguen a ser catalogados como evidencia digital pueden ser obtenidos de redes, terminales y servicios.

La doctrina consultada permite exponer los principios y características de las evidencias digitales como requisitos indispensables para determinar su validez jurídica. Según Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2020) son:

Tabla 2. Principios y características de las evidencias digitales

Principios rectores	Definición	Características legales	Definición
Confidencialidad	Impedir personas no autorizadas accedan, manipulen, y/o divulguen la información	Admisible	Ajustarse a las normas antes de ser presentada ante un juez o autoridad.
Disponibilidad	Material probatorio debe estar a disposición de cada una de las partes dentro del proceso.	Auténtica	Posibilidad de vincular el material probatorio al incidente
Integridad	Garantizar que los mensajes de datos con vocación probatoria no sean alterados, modificados, falsificados o manipulados.	Completa	Garantía de contar la historia completa y no solo una perspectiva particular.
No repudio	Propone una certeza jurídica de que la evidencia digital es un medio válido para demostrar plena voluntad de los intervinientes en la identificación, preservación, recolección, análisis y presentación de resultados.	Confiable	No debe haber dudas sobre su recolección y posterior manipulación (tratamiento).
		Creíble	Bien sustentada y entendible para el juez o autoridad.

Nota. Guías sobre “Evidencia Digital” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2020).

Discusión

Contexto actual y futuro frente a la validez jurídica y probatoria de las evidencias digitales

La pandemia logró lo que era casi imposible, generó grandes cambios en el ámbito de la justicia digital, surgiendo, entre otras cosas, la gran necesidad de presentar evidencias digitales en los diversos tipos de procesos judiciales y administrativos, poniendo al descubierto que no solo existen vacíos normativos sobre el particular, sino que también es notable la falta de conocimientos jurídicos y técnicos de abogados y funcionarios que ejercen funciones jurisdiccionales, evidenciándose además un enorme retraso de las entidades públicas para la implementación y puesta en funcionamiento de nuevas herramientas tecnológicas que faciliten el acceso y garanticen el debido proceso en el desarrollo de una justicia más digital.

Se destaca el aporte de la Rama Judicial con la puesta en marcha de capacitaciones, seminarios virtuales, la presentación de cartillas, videos y podcast como apreciables herramientas que propician el entendimiento y aprendizaje de los fundamentos técnicos y jurídicos de las evidencias digitales. Desde una óptica del derecho adjetivo en materia administrativa, existe una percepción precaria frente al avance e interés que se vislumbra del Ejecutivo por adaptarse a este nuevo concepto, debiéndose dar aplicabilidad en todo caso a la remisión normativa frente a los vacíos existentes. Es necesario en este contexto, asimilar y apropiar los avances que en esta materia ha tenido la Rama Judicial como pilar fundamental de una justicia digital.

Desde 1995, cuando Colombia adoptó la Ley Modelo de Comercio Electrónico expedida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), se han expedido distintas normas que regulan efectivamente este tema y sirven para orientar otros procesos en otras ramas del derecho. Posteriormente, en el año 1999 fue promulgada la Ley 527 que es en la actualidad el referente normativo más importante que otorga validez a los mensajes de datos (MD).

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su parte primera, donde se regula propiamente el desarrollo del procedimiento administrativo, promueve el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones en los procedimientos y trámites, pero no define los procedimientos que orienten la preservación, recolección, y la forma de exponer las evidencias digitales ante las autoridades como elementos necesarios para garantizar su validez jurídica. Se hace necesario entonces recurrir a la remisión normativa con la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la ONU, la Ley 527 de 1999, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, entre otras normas y así como jurisprudencia y doctrina *ut supra* que otorgan validez jurídica y probatoria a las evidencias digitales.

El Estado colombiano se muestra rezagado frente a la evolución tecnológica en el mundo, las políticas públicas sobre el problema ya están documentadas, pero el problema radica en que no se apropian a la misma velocidad en que ellas avanzan. Los avances científicos en materia tecnológica progresan a pasos agigantados y ofrecen cada día una inmersión más profunda de toda la comunidad en ese universo digital. Ya en espacios como el metaverso se firman contratos, se venden obras digitales, se presentan violaciones a la propiedad intelectual, ni que decir de la desaprovechada oportunidad de aplicar tecnologías de Blockchain, Big Data, la AI (inteligencia artificial) y almacenamiento en la nube, el fin último de la justicia.

Señala Rúa et al. (2022) que la evidencia digital lícitamente obtenida permite acreditar hechos litigiosos en el proceso, siempre que se aporte y practique a través de cualquier medio de prueba legalmente previsto. Por ello, estas deben obtenerse con estricta sujeción a los derechos fundamentales de los ciudadanos lo que, en todo caso, dependiendo de cómo se introduzca al proceso, su impugnación dependerá de ello, es decir, si se trata de prueba documental, pericial o reconocimiento.

La preocupación se acrecienta aún más cuando se trata de entidades públicas que en cumplimiento de sus funciones deben recibir, valorar, decretar y practicar evidencias digitales en diferentes procesos o actuaciones. Evidencias digitales que no se deben desestimar o restarle el valor probatorio por cuanto el ser humano sin distinción de edad, raza, cultura, credo o estrato social hoy día hace presencia en el uni-

verso digital. La utilización de las tecnologías es inevitable para los seres humanos, surge entonces la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de quienes las utilizan o interactúan dentro de ellas.

Conclusiones

El desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de la validez jurídica y probatoria de la evidencia digital En Colombia, ha sido positivo por el nivel de implementación de la ley modelo de la ONU comparado con otros países de la región; sin embargo, conviene hacer los ajustes requeridos que garanticen el efectivo respeto de los derechos de los administrados en los procesos administrativos.

La **Figura 1** de este trabajo es una muestra clara de las constantes transgresiones a derechos fundamentales en los procedimientos administrativos, refleja el número de acciones de tutela interpuestas en el país en el periodo enero 2019-marzo 2020, por violación al “debido proceso administrativo”. Pretensión que ocupa el segundo lugar entre las 200 que tiene identificadas la Corte Constitucional como conductas más recurrentes violatorias de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional a través de diferentes extractos jurisprudenciales ha formulado la teoría del defecto procedimental denominado “exceso ritual manifiesto”, que es cuando “un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia”. Así mismo, el Dr. Bernardo Carvajal (Carvajal, 2010) en una de sus obras recalca que el capricho o la ignorancia en las actuaciones de las autoridades administrativas⁴³ se da al sacralizar los requisitos procesales de ciertos actos, pese a las nuevas disposiciones que buscan darle mayor eficacia y fluidez al mismo. Estos conceptos enmarcan básicamente el sentir de los usuarios de la justicia administrativa, ni qué decir entonces cuando los funcionarios que adoptan estos comportamientos tengan en sus procesos la oportunidad de calificar las evidencias digitales arrojadas previamente dentro del expediente.

43 Un caso emblemático es el de exigir aportar documentos o acreditar calidades que la administración ya conoce, que reposan en sus expedientes y dependencias, que ella misma puede procurarse o que ha reconocido dentro del mismo procedimiento.

Estas problemáticas del ahora deben alertar a los organismos de control y demás autoridades, para que se puedan proponer soluciones que impidan en el futuro el incremento y desborde generalizado de las mismas. Se sugieren las siguientes:

1. Creación de normas que llenen vacíos jurídicos y regulen los procedimientos del manejo y validez de las evidencias digitales.
2. Intensificar y fomentar la capacitación de los funcionarios públicos en conocimiento sobre procesamiento de datos (procedimientos técnicos), la interpretación de leyes procesales específicas (aspectos jurídicos) y ámbito internacional de las mismas.
3. Superar las dificultades de infraestructura físicas, de hardware y software, que garanticen la conservación, preservación y almacenamiento (archivo) de las evidencias digitales aportadas a los procesos administrativos.

Luego de haber analizado las distintas fuentes de información sobre la validez jurídica de las evidencias digitales, ha quedado expuesto cuál ha sido el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, y no quedan dudas de su valor jurídico y probatorio en el proceso administrativo colombiano.

En conclusión, se puede señalar que la omisión de los funcionarios públicos en la apropiación del conocimiento sobre las evidencias digitales pone en riesgo derechos fundamentales por la errónea interpretación y valoración de las evidencias digitales.

Referencias

- Acuerdo 003 de 2015, A. G. (2015). <https://normativa.archivogeneral.gov.co/acuerdo-003-de-2015/>
- Carvajal, B. (2010). *Papers SSRN*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2307136
- Constitución Política de Colombia. (1991). *SUIN*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>
- Decreto 1078. (2015). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019521>

- Decreto 2364 art. 7. (2012). *Sistema Unico de Información Normativa*. <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1442265>
- Decreto 3333 de 2008. (2008). <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1524873>
- Decreto 415 de 2016. (2016). <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=30020275>
- Decreto 491 de 2020. (2020). <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039011#:~:text=Que%20mediante%20el%20Decreto%20417,del%20nuevo%20coronavirus%20COVID%2D19.>
- Decreto 620 de 2020. (2020). *Sistema Unico de Información Normativa*. <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=30039155>
- Decreto 806 de 2020. (2020). <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039342>
- Decreto Ley 19 de 2012. (2012). *Sistema Unico de Información Normativa*. <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1004430>
- Decreto Ley 2150, art 26. (1995). *Sistema Unico de Información Normativa*. <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1408573>
- Directiva presidencial 02. (2020). *Función Pública*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=109455>
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2020). Consejo Superior de la Judicatura, Colombia: https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/11_cartilla_evidencia_digital_-_aspectosgenerales.pdf
- Florez, G. (2014). La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de sus evolución legislativa y jurisprudencial. *Verba Iuris*. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/54>.
- Gómez, L. O. R. (2019). El derecho de petición por medios electrónicos para la protección y defensa de los Derechos Humanos. *Infometric@-Serie Sociales y Humanas*. [https://www.informatica-juridica.com/trabajos/el-derecho-de-peticion-por-medios-electronicos-para-la-proteccion-y-defensa-de-los-derechos-humanos/Hernandez_Sampieri, R., Fernandez Collado, C., y Pilar Baptista, J. \(2014\). *Metodología de la Investigación* \(6ª ed.\). McGraw-Hill / Interamericana Editores.](https://www.informatica-juridica.com/trabajos/el-derecho-de-peticion-por-medios-electronicos-para-la-proteccion-y-defensa-de-los-derechos-humanos/Hernandez_Sampieri, R., Fernandez Collado, C., y Pilar Baptista, J. (2014). Metodología de la Investigación (6ª ed.). McGraw-Hill / Interamericana Editores.)
- Informe estadístico. (2019). <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>
- Lara Bonilla, E. J. (2020). *Cartillas Evidencia Digital y Prueba Electronica*.
- Ley 1341 de 2009, C. (s.f.). *Sistema Unico de Información Normativa*. [https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677762#:~:text=\(ju-](https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677762#:~:text=(ju-)

- lio%2030)-,por%20la%20cual%20se%20definen%20principios%20y%20conceptos%20sobre%20la,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.
- Ley 1437. (2011). *Sistema Unico de Información Normativa SUIN*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Ley 1564 de 2012. (2012). *Sistema Unico de Información Normativa*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1683572>
- Ley 1952, art.13. (2019). *Sistema Unico de Información Normativa*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036201>
- Ley 2052. (2020). *Sistema Unico de Información Normativa - SUIN*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30039726#:~:text=La%20presente%20ley%20tiene%20por,el%20acceso%20al%20ejercicio%20de>
- Ley 2213 de 2022. (2022). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30044248>
- Ley 270 1996, art.13 y 95. (1996). *Sistema Unico de Información Normativa*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1657238>
- Ley 527, 1. (1999). *Sistema Unico de Información Normativa-SUIN*. Congreso de la República: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680117>
- Ley 594, art 19. (2000). *Sistema Unico de Información Normativa-SUIN*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663152#:~:text=Supresi%C3%B3n%2C%20fusi%C3%B3n%20o%20privatizaci%C3%B3n%20de,hayan%20estado%20adscritas%20o%20vinculadas>.
- Ley 906, art. 275. (2004). *Sistema Unico de Información Normativa*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1670249>
- Ley 962, art. 19. (2005). *Sistema Unico de Información Normativa*. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1671809>
- Ley Modelo de Comercio Electrónico. (1996). *Naciones Unidas*. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce
- Ley 527 de 1999. (1999). *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*.
- ONU, C. s. (2005). *ONU*. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications
- Peña Valenzuela, D. (2015). *De la firma manuscrita a las firmas electrónica y digital*. Universidad Externado de Colombia.

- Quiroz Monsalve, A. (2020). <https://www.youtube.com/watch?v=Ri5R4QZ-Cw0A>
- Resolución 51/162 CNUDMI, O. (1996). <https://campus.usal.es/~derinfo/derinfo/CE/GCNUDMI.HTM>
- Rúa, M. M., Bustamante Roa, M., Henao Ochoa, A., y Toro Garzón, L. (2022). *Justicia y Sociedad 5.0*. Medellín.
- Sentencia 037, C. C. (1996). *Dr. Vladimiro Naranjo Mesa*. <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- Sentencia 11001020300020200102500, C. S. (03 de 06 de 2020). <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/06/11001-2020-01025-00-mensaje-de-datos-libertad-probatoria-recepcio%CC%81n.pdf>
- Sentencia 2004 01074, C. S. (2010). MP Pedro Octavio Munar Cadena, Corte Suprema de Justicia. <https://procesal.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/9/2014/02/B37C2.pdf>
- Sentencia C-604, C. C. (2016). MP Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2016/C-604-16.htm>
- Sentencia C-662, C. C. (2000). MP Fabio Morón Díaz. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20036180>
- Sentencia C-831, C. C. (2001). MP Álvaro Tafur Galvis. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-831-01.htm>
- Sentencia STC15548-2019, C. S. (2019). (s.f.). MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ENE2020/FICHA%20STC15548-2019.docx>
- Sentencia SC2420-2019, C. S. (2019). MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/SC-2420-2019.pdf>
- Sentencia STC15548-2019, C. S. (2019). MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ENE2020/FICHA%20STC15548-2019.docx>
- Sentencia T-043, C. C. (2020). MP José Fernando Reyes Cuartas. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-043-20.htm>
- Sentencia T-283, C. C. (2013). MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-283-13.htm#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20administraci%C3%B3n,orden%20jur%C3%ADdico%20y%20por%20la>
- Yhorman, y Sierra, Y. (2020). *Lemontech Blog*. <https://blog.lemontech.com/abogado-digital-como-tener-certificacion/>

Capítulo 4

Glifosato: efectos de su aspersión en la salud reproductiva de las mujeres en el territorio colombiano y la responsabilidad del estado ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Leticia Méndez Mosquera⁴⁴

Jessica Paola Perilla Muñoz⁴⁵

Diana Carolina Valencia Bonilla⁴⁶

44 Abogada, egresada de la Fundación Universitaria del Área Andina, especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina. Correo: lmendez17@estudiantes.areandina.edu.co

45 Abogada, egresada de la Fundación Universitaria del Área Andina, especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina. Correo: jperilla7@estudiantes.areandina.edu.co

46 Abogada, egresada de la Fundación Universitaria del Área Andina, Técnico en Investigación Judicial del Instituto Técnico American Business School, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina. Correo: dvalencia33@estudiantes.areandina.edu.co

Resumen

El glifosato ha sido empleado como herbicida a nivel mundial en actividades agrícolas desde 1974. En Colombia ha sido utilizado como método de erradicación de cultivos de uso ilícito desde 1978 y desde entonces se han reportado, además de efectos medioambientales adversos, efectos sobre la salud y específicamente en la salud reproductiva de las mujeres. Este artículo pretende, a la luz de los estándares de protección de los derechos sexuales y reproductivos fijados en la Convención Americana de Derechos Humanos, establecer los elementos que desde la teoría del hecho internacionalmente ilícito comprometieron la responsabilidad internacional del Estado colombiano ante el sistema interamericano a raíz de los efectos en la salud reproductiva de las mujeres como consecuencia del uso del glifosato en la erradicación de los cultivos ilícitos.

Para ello, esta investigación jurídica de tipo documental presentará una a revisión que se desarrolló en tres ejes: 1) información relacionada con la salud, los estudios indican que el uso del glifosato puede derivar efectos contra la salud de la mujer; 2) a partir del hecho internacionalmente ilícito, establecer la estrategia de la fumigación en Colombia puede comprometer su responsabilidad en el Sistema Interamericano; y 3) cual ha sido el abordaje que sobre este asunto se ha hecho desde la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

Palabras clave: Glifosato, salud reproductiva, cultivos ilícitos, derechos reproductivos, responsabilidad estatal.

Introducción

En el presente trabajo de investigación se pretende sentar un precedente documental sobre el impacto de la implementación del glifosato empleado mediante aspersión en los cultivos de planta de coca, teniendo en cuenta que históricamente se ha considerado como el mecanismo idóneo para contrarrestar el flagelo del narcotráfico; sin embargo, está demostrado que su uso indiscriminado no solo no garantiza la erradicación de plantaciones ilegales, sino también ocasiona la contaminación masiva del medio ambiente y la afectación grave a la salud reproductiva en el territorio colombiano.

Desde hace aproximadamente 50 años, se estableció la aspersión con glifosato como la herramienta necesaria para combatir la producción y posterior comercialización de la droga, iniciativa impulsada además por la comunidad internacional que exigía resultados efectivos para bajar los índices de consumo a raíz de la exportación mediante el narcotráfico. No obstante, la evidente contaminación a la flora y fauna, incluido además el recurso hídrico, cada vez fue tomando mayor alcance, hasta el punto de llegarse a demostrar que su utilización producía enfermedades crónicas a quienes estuvieran directa e indirectamente expuestos.

En ese sentido, el Instituto de Análisis Fares Taie señala, en el texto denominado “Toxicología del glifosato: composición, efectos sobre el hombre y dinámica de la contaminación en el ambiente” (Medici, 2020), el alcance toxicológico que tiene el glifosato, advirtiendo que en su generalidad se trata de un herbicida no selectivo y se desempeña como uno de los principales agroquímicos para los cuales se han modificado genéticamente los cultivos para aumentar su tolerancia que: “Generalmente consiste en una mezcla acuosa de glifosato como sal de isopropilamonio (IPA), un surfactante y varios componentes menores que incluyen agentes antiespumantes, biocidas y iones orgánicos que están para ajustar el pH”.

Se estima que es un componente altamente tóxico que puede ser absorbido por vía oral o cutánea, aumentando los niveles de riesgo, ya que, al tener contacto con el organismo, se expande ampliamente, produciendo a mediano y largo plazo consecuencias graves que pueden materializarse en enfermedades graves:

En 2003 se publicó un estudio de la exposición potencial al glifosato de 48 agricultores y sus familias. Así, se recolectaron muestras de orina de la familia un día antes, durante y tres días luego de la aplicación. Los resultados mostraron que 60% de los agricultores, 4% de las esposas y 12% de los hijos mostraron niveles detectables de glifosato en la orina en el día de la aplicación, con concentraciones máximas de 233, 3 y 29 ppb, respectivamente (Medici, 2020)

En relación con la afectación a la salud de los habitantes del territorio colombiano, causa especial atención el daño producido por el Estado

directamente a la salud reproductiva de las mujeres, situación abordada por el Grupo de Epidemiología y Salud Poblacional (GESP) de la Escuela de Salud de la Universidad del Valle y el centro de derechos reproductivos, en una investigación realizada específicamente sobre los efectos negativos del herbicida glifosato, tras una revisión sistemática en la cual se seleccionaron setenta y nueve estudios, hallando en 19 de ellos casos en los cuales se reportaban abortos espontáneos, malformaciones en el feto, nacimientos prematuros, daño al ADN, entre otros.

En materia internacional, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha establecido mediante la Convención Americana de los Derechos Humanos, la CEDAW y la convención de Belem Do Para, unos parámetros que obligan a los Estados parte de estas convenciones a prever y adoptar mecanismos que garanticen la protección de derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la familia, la salud, entre otros, que tienen estrecha relación con la garantía del derecho a la salud reproductiva.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que esta política pública fue establecida por agentes del estado en búsqueda de contrarrestar la propagación de cultivos ilícitos, es menester entonces determinar la responsabilidad del Estado colombiano frente a aquellos hechos que generen vulneración de los derechos reproductivos de las mujeres, conforme a algunos casos que fueron admitidos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el de Yaneth Valderrama, quien a causa de la exposición al herbicida se vio inmersa en un aborto espontáneo con complicaciones graves que le produjeron la muerte, exponiendo así un escenario de responsabilidad frente a la utilización indiscriminada del glifosato que deberá determinarse en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

Marco teórico

La fumigación aérea con glifosato es una actividad que engendra un riesgo para el medio ambiente y la salud humana. Amplias investigaciones han llegado a la conclusión de que el glifosato tiene un impacto negativo en la salud humana; sin embargo, era necesario establecer a través de las investigaciones científicas y los reportes presentados los

posibles daños a la salud reproductiva. Estos daños fueron revisados desde la óptica de los abortos espontáneos que se produjeron en las mujeres después de la exposición al glifosato.

El centro de derechos reproductivos, a través del artículo “Efectos del glifosato en la salud reproductiva humana”, llevó a cabo una investigación en conjunto con la Universidad del Valle, en donde indicaron que:

Hay una clara consistencia a favor de los efectos nocivos del glifosato en la salud reproductiva entre los que pueden enlistarse efectos en la fertilidad (niveles hormonales, normalidad histológica de tejido reproductivo y espermatogénesis), aborto, efectos perinatales y efectos transgeneracionales (es decir, efectos nocivos del glifosato en segundas generaciones que afectan el rendimiento reproductivo) (Ordoñez, Abrahams y Méndez, 2020).

La revisión incluyó que, en el mismo estudio en el cual se utiliza el glifosato para la cosecha de la caña de azúcar, las mujeres expuestas tardaban más en concebir (Sanín et al., 2009). En ese sentido, la investigación concluyó que los estudios analizados a partir de la revisión sistemática de la literatura muestran un predominio de estudios con hallazgos que demuestran los impactos negativos del glifosato en la salud reproductiva.

El Dr. Enrique H. Luque y la Dra. Mónica Muñoz de Toro, *exponen que* el sistema endocrino, uno de los sistemas responsables de nuestra salud, regula la liberación de hormonas esenciales para funciones tales como el metabolismo, el crecimiento y desarrollo y la reproducción. Los denominados disruptores endocrinos o perturbadores endocrinos son sustancias químicas, ajenas al cuerpo humano o animal, capaces de alterar el equilibrio del sistema endocrino. En tanto elementos perturbadores, los disruptores endocrinos, tienen un impacto directo en la salud de los seres vivos. a causa del uso de agroquímicos (glifosato) (Luque y Muñoz de Toro, 2020).

Dicho lo anterior cabe resaltar que es de suprema importancia enfocarnos en el derecho que tenemos las mujeres a vivir dignamente, este a su vez se traduce en tener la posibilidad de elegir cómo vivir nuestra vida, tener proyectos, ilusiones y planes, y que el hecho de ser mujeres

no evite que los podamos alcanzar. El Estado tiene que ser un aliado para que esto ocurra desde la protección de la salud y los derechos reproductivos. “Esto implica no solamente darles opciones a las mujeres que dentro de sus planes no quieren ser madres, sino también garantizar que las mujeres que sí tienen esta ilusión la puedan llevar a término de una manera saludable” (Vargas, 2021).

De tal forma que los derechos reproductivos deben observarse y garantizarse desde el enfoque de género, una discriminación positiva que impacta altamente en la efectiva garantía de los derechos de las mujeres. En muchas ocasiones los derechos de las mujeres son vulnerados de la misma forma que los de los hombres. Sin embargo, en otras, sus derechos son violados de una manera en que no lo son los derechos de los hombres, o que lo son, pero solo de manera excepcional, “estas violaciones específicas suelen estar referidas a la vida sexual y reproductiva de las mujeres” (Villanueva, 2006).

La exposición de las mujeres al glifosato y las consecuencias que genera en su etapa de gestación provocando abortos involuntarios es una vulneración a sus derechos reproductivos.

Si bien la denominación de derechos reproductivos no está plasmada de manera taxativa en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, estos mismos sí están dispersos en todo el ordenamiento jurídico, como lo es en la Constitución Política, declaración universal de derechos humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos. Hay consenso sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales en ámbitos de la vida reproductiva, es por ello que se puede afirmar que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes mediante la efectiva garantía y realización de otros derechos humanos (Endocrine Disrupting Chemicals, 2012).

Al Estado le asiste un deber de guarda material sobre este tipo de sustancias que operan, obligación que se origina del poder de instrucción, dirección y control del cual está investido (Pazos, 2014b, p. 39). Por lo tanto, el Estado colombiano está revestido de unas obligaciones claras de protección y prevención que alcanzan su nivel máximo cuando se determina que el uso del glifosato impacta negativamente la

salud reproductiva de las mujeres y en consecuencia, la garantía plena a sus derechos reproductivos.

Diseño metodológico

La presente investigación es de tipo documental, se compone de datos bibliográficos, datos narrativos y las historias con base en su contexto. Es ahí donde se realiza la respectiva revisión para obtención de la información, la cual a su vez es suministrada por diferentes fuentes y bases de datos. Este tipo de investigación es secundaria, puesto que todo lo recopilado será por medio de fuentes públicas como la biblioteca, investigaciones, análisis, y conceptos en bases de datos confiables, con el fin de obtener un resultado informativo para determinar las garantías constitucionales e internacionales que el Estado colombiano ofrece a las mujeres por la afectación en su salud reproductiva con ocasión al uso de aspersores aéreos con glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos en el contexto del conflicto armado en Colombia.

Así mismo, como las fuentes fueron empleadas en mayor parte de origen legal y jurisprudencial, emitida por organismos internacionales y nacionales, en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la honorable Corte Constitucional, el criterio de validez fue la misma naturaleza de la fuente, hecho que elimina cualquier validación proveniente de otras fuentes diferentes, lo cual le otorga una presunción de confiabilidad a la validez jurídica y académica de la investigación adelantada.

Resultados

Responsabilidad internacional del Estado de Colombia ante el Sistema Interamericano

De acuerdo a lo desarrollado por Camargo (1983) en su libro *Tratado de Derecho Internacional*, "el Estado es una institución jurídica política que cumple funciones tanto internas como externas, como sujeto de derecho internacional está obligado a respetar el orden jurídico internacional; si lo viola, incurre en responsabilidad internacional" (p. 478). En ese orden de ideas, para que exista un incumplimiento internacional debe existir una conducta que sea atribuible al Estado, y que constituya una violación de una obligación internacional.

En palabras de Camargo (1983):

El Estado compromete su responsabilidad ante el no cumplimiento de las obligaciones asumidas en observancia del orden jurídico internacional. Es el derecho interno al que le compete regular la responsabilidad interna del Estado por actos ilícitos de sus agentes u órganos, conforme a su legislación, así como al derecho internacional la responsabilidad por sus hechos internacionalmente ilícitos (p. 479).

Por otro lado, pese a la estructura interna que manejan los Estados, si sus órganos y agentes del no cumplen sus obligaciones emanadas de los tratados internacionales comprometen la responsabilidad Internacional del Estado.

Ha expresado Kelsen (1965), que: "cuando los órganos competentes del Estado no cumplen las obligaciones establecidas por el derecho internacional, el Estado comete un acto ilícito internacionalmente por el que el derecho internacional dispone una sanción" (p. 100).

El derecho internacional contemporáneo permite diferenciar entre la responsabilidad internacional generada por hechos ilícitos atribuibles a los Estados y la responsabilidad que surge sin que exista un hecho ilícito y que tiene su génesis en la realización de actividades que no están prohibidas cuando producen daños a terceros. De ahí que de conformidad con el derecho internacional, los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional cuando sus actos lícitos producen daños a sus habitantes. En virtud de ello, el hecho internacionalmente ilícito constituye un acto contentivo de una acción u omisión por parte de un Estado que conlleve a una violación de una obligación internacional del Estado, conforme a ello, un Estado que es sujeto internacional, puede estar sujeto a responsabilidad internacional cuando producto de su acción u omisión se generan consecuencias jurídicas derivada de dicho hecho ilícito.

El hecho ilícito es una conducta contraria al derecho internacional. Al respecto, Kelsen (1965) expone: "Es opinión comúnmente aceptada la de que en el derecho internacional existe el acto ilícito, esto es, una conducta del estado que se considera ilegal, contraria al derecho internacional y, por ende, como violación del derecho internacional".

De lo anterior se colige que para que haya un hecho internacionalmente ilícito por parte de un Estado, deben existir:

- Una violación de una obligación internacional vigente para el Estado
- Un comportamiento imputable al Estado, caracterizado por una acción u omisión.

La obligación a la que se circunscribe el Estado, debe ser de carácter internacional, precisamente del derecho internacional público; por lo tanto, obligaciones emanadas del derecho internacional privado no darán lugar a configurar la responsabilidad internacional del Estado. Desde luego, la obligación debe encontrarse vigente para el Estado que se considere infractor.

El art. 12 del proyecto de artículos de 2001 colige que “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”.

Por lo tanto, no importa el origen de la obligación al momento de determinar un hecho internacional como ilícito, así lo considera la comisión de derecho citada por el autor Pedro Pablo Camargo (1983):

Un hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el origen, consuetudinario, convencional, u otro, de esa obligación. Es decir, que la obligación puede estar en una regla convencional, en una regla consuetudinaria o en otra fuente jurídica.

Las fuentes de obligación internacional están constituidas por los tratados, convenciones y demás normas internacionales que se encuentren en vigor por el Estado infractor. La decantada jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido constante en afirmar que la responsabilidad internacional del Estado surge en el momento mismo de la ocurrencia de un hecho ilícito internacional que le sea atribuible en violación de sus obligaciones adquiridas en virtud de la adopción de un tratado de derechos humanos.

Todo menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y demás instrumentos internacionales aplicables que puedan ser atribuidos, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública de un Estado, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable a este, que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención Americana y según el Derecho Internacional Público. En ese sentido, en el marco de la Convención Americana, la responsabilidad internacional de los Estados surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, de respetar y garantizar las normas de protección consagradas en los artículos 1.1 y 2 del aludido instrumento internacional.

La Corte Interamericana ha establecido que:

Las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis del Derecho Internacional general (Corte IDH, 2005, párr. 107).

La configuración de la responsabilidad internacional del Estado, puede derivarse no solo de acciones u omisiones que vulneren los derechos humanos por parte de agentes del Estado, a lo cual se ha denominado responsabilidad directa, sino también puede configurarse la responsabilidad por actos llevados a cabo por particulares, lo que se ha conocido como responsabilidad indirecta. Este tipo de responsabilidad se da cuando el hecho se comete con tolerancia, complicidad o benevolencia del Estado y/o cuando el hecho es cometido por el particular, pero no hubo prevención del Estado ante el hecho vulnerador de los derechos humanos. Cabe resaltar que como principio fundamental es que el hecho ilícito pueda ser imputable al Estado.

En cuanto a la responsabilidad indirecta por actos cometidos por particulares, resulta pertinente traer a colación la siguiente apreciación de la Corte, indicando que:

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones (Corte IDH, 2006, p. 122).

De la premisa expuesta, se colige entonces que el marco normativo internacional de protección de los derechos humanos fue concebido para proteger a los individuos de los distintos poderes públicos, de las acciones de los agentes del Estado, no de los demás individuos, pues en un principio dicha protección recae en otras jurisdicciones de cada Estado. Así las cosas, en principio, no puede declararse responsable un Estado por cualquier violación de derechos humanos llevado a cabo por particulares, pues el carácter *erga omnes* de las obligaciones de garantía que está en cabeza de los Estados no implica una responsabilidad infinita frente a cualquier acto llevado a cabo por particulares. Empero, como se vislumbró anteriormente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que un Estado en efecto sí puede ser responsable internacionalmente por actos que ejecuten particulares y que vulneren los derechos humanos.

La normatividad adoptada por el Estado colombiano ante el Sistema Interamericano

El Estado Colombiano, adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, mediante la Ley 16 de 1972. Así las cosas, esta norma establece las normas que debe cumplir el Estado colombiano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los Estados parte que se adhirieron a la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometen y obligan a respetar los derechos y libertades que han sido reconocidas en ella, a su vez deben garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, condición social, entre otros. Así las cosas, recae en cabeza de los Estados parte el respeto y la garantía de los derechos humanos. Es menester resaltar que garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se limita solo a la existencia de la normatividad que así lo proclame, sino que debe converger de manera fundamental con la disposición de mecanismos eficaces que permitan el acceso a la realización y materialización de dicha ejecución y ejercicio de los derechos humanos. Por lo anterior, los Estados parte deben organizar todas las estructuras

mediante las cuales manifiestan el poder público, a fin de asegurar y garantizar la realización de los derechos humanos, previniendo, juzgando, sancionando y reparando de ser el caso, todo acto que conlleve la violación de los derechos humanos reconocidos en la Convención. Es así como cualquier menoscabo de los derechos humanos que sean reconocidos por la Convención Americana y demás instrumentos internacionales que pueda atribuirse al Estado, conforme a las reglas del Derecho Internacional según la acción u omisión de cualquier autoridad que represente al Estado, constituye un acto imputable a este último, y compromete su responsabilidad internacional.

Responsabilidad internacional del Estado colombiano por el uso de la aspersión con glifosato en los efectos en la salud reproductiva de la mujer: los tratados y convenciones que consagran el derecho a la salud reproductiva de la mujer

La Convención Americana de Derechos Humanos consigna en su primera parte la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades que son reconocidos en este instrumento. En su segunda parte, la Convención recoge y consagra la protección específica a los derechos civiles y políticos. En el Sistema Interamericano, se pueden distinguir algunos instrumentos que enrután la protección a los derechos sexuales y reproductivos y específicamente de la mujer.

La Convención Americana de Derechos Humanos, engloba gran cantidad de derechos humanos que permiten extraer como arista adicional la materialización de los derechos sexuales y reproductivos. Para el año 1979, se estableció un instrumento que cambió la concepción de los derechos de las mujeres, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), denominada por Alda Facio como “la Carta Magna de todas las mujeres”, por ser el primer instrumento internacional con perspectiva de género. Cabe destacar que el inciso e) numeral 1) del artículo 16º de la CEDAW, establece lo siguiente:

1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos

relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, a través de su artículo denominado Promoción y Defensa de los Derechos Reproductivos: Nuevos retos para las institucionales nacionales de derechos humanos, (2006), ha establecido que no solo la Convención Americana de Derechos Humanos, o la CEDAW, consagran parámetros de protección a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, sino también la Convención de Belém Do Pará, en razón a que la Convención de Belém do Pará juega un papel clave en la protección de los derechos reproductivos, entre otras razones porque:

- Reconoce la interrelación entre la violencia y la discriminación basadas en el género.
- Abarca “cualquier acto o conducta, basada en el género, que cause la muerte o daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a las mujeres, sea en la esfera pública o en la privada”.

Además de lo anterior, se tiene que en el año 1999 entró en vigor el Protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, donde se hizo notable su intervención en la protección del derecho a la salud (Art. 10) y del derecho a la formación y protección de la familia (Art. 15). Este último incluye el deber de los Estados de “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”.

De este sucinto recorrido, se puede vislumbrar que en el Sistema Interamericano e inclusive en el sistema universal no existe tratado específico que consagre la protección exclusiva de los derechos sexuales y reproductivos, estos derechos son reconocidos mediante el ejercicio

de otros derechos como la libertad de las personas sobre su sexualidad, el ejercicio libre de la misma y la protección de la familia. El ejercicio y realización de los derechos sexuales y reproductivos engloba la participación de otros derechos humanos que sí son reconocidos en las leyes y los tratados internacionales como los ya mencionados. En el mismo artículo sobre la “Promoción y Defensa de los Derechos Reproductivos: Nuevos retos para las institucionales nacionales de derechos humanos” (2006), se asentó que la primera vez que los derechos reproductivos fueron presentados como tales en el trabajo de la Comisión, fue con ocasión del primer informe del Relator sobre los Derechos de la Mujer en 1997. El informe se refirió brevemente a los altos índices de mortalidad materna como resultado de abortos peligrosos y problemas durante el embarazo y el parto.

En los informes de la Comisión sobre Colombia en el año 1999, uno de los capítulos se centró en la situación de los derechos de la mujer, específicamente en el efecto del conflicto armado sobre las mujeres colombianas y las diversas formas de violencia que ellas estaban enfrentando. En relación con la salud reproductiva concretamente, el informe indicó que el aborto constituye un problema muy serio para las mujeres colombianas, no solamente desde el punto de vista de la salud, sino también de sus derechos como mujeres, incluyendo los derechos a la integridad y a la privacidad. Los derechos reproductivos están arraigados en los principios más básicos de los derechos humanos y los intereses que protegen son diversos. Sin embargo, su promoción y protección encuentra grandes dificultades.

El alcance del derecho a la salud como medio para la realización del derecho a la salud reproductiva de la mujer

Cuando se habla de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, y su realización a través de otros derechos de gran envergadura, inexorablemente se debe hablar del alcance del derecho a la salud. Es significativa la relación entre los derechos reproductivos y el derecho a la salud, dado que este último incluye la salud reproductiva frente a la cual existen obligaciones de respeto, protección y garantía aplicables al Estado colombiano.

Respecto al derecho a la salud protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte ha observado que los términos de este indican que se trata de aquel derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. La Corte ha estimado que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

El derecho a la salud tiene un gran alcance y connotación como quiera que no solo está consagrado en la Convención Americana, sino también en los demás instrumentos internacionales, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, el derecho a la salud se reconoce en el artículo 5 apartado e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; en la Convención sobre los Derechos del Niño; en la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y demás instrumentos.

Así las cosas, si se determina que el glifosato tiene unos efectos adversos en la salud de los humanos, por ende, en la práctica llevada a cabo por el Estado colombiano, usando este herbicida a través de la aspersión aérea, es dable inferir que no solo afecta el derecho a la salud, sino la realización de otros derechos de gran relevancia, primordialmente el derecho a la vida, y por demás, la integridad física y personal. El goce

efectivo del derecho a la salud irradia directamente la garantía del derecho a la vida y la integridad física y personal.

Ahora bien, cuando se habla de los derechos reproductivos de la mujer, y cómo el uso del glifosato impacta negativamente en la salud y específicamente en la salud reproductiva de la mujer, inexorablemente se debe irradiar este impacto al derecho a la familia, como quiera que el glifosato ha afectado las etapas gestacionales de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez y se encontraron expuestas a este herbicida, provocándoles abortos involuntarios. Así lo expuso el Centro de Derechos Reproductivos (2020) mediante el reporte denominado “Salud reproductiva y glifosato en el contexto de conflicto armado”. Allí, condensó los dos casos que se presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde se pretende demostrar la responsabilidad del Estado Colombiano por posibles vulneraciones a la Convención Americana de Derechos Humanos por los daños causados a la salud reproductiva de las mujeres, la vida, la integridad personal y el derecho a la familia, que está íntimamente ligado a la protección a la salud reproductiva de las mujeres.

En el desarrollo de la investigación se puede detectar que no solo son vulnerados los anteriores derechos, si no que el Estado colombiano dispone en la Carta Magna, una serie de derechos a los que todo ciudadano tiene derecho por el hecho de ser colombiano, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, tal como la declaración universal de derechos humanos. El derecho a la vida es uno de los derechos fundamentales más debatidos en el marco constitucional; en ese sentido, cuando hablamos de derechos reproductivos cabe resaltar que cada mujer tiene el derecho de disponer de su libre decisión para procrear una vida o no (“Artículo 11 de la Constitución Política. El derecho a la vida es inviolable”). Cabe resaltar que dentro de las investigaciones científicas, hay mujeres que como se reitera se ven abocadas a abortos involuntarios a causa de la expansión de glifosato, esto a su vez no solo impide la creación de una vida, si no que perjudica la salud y el bienestar de cada persona al encontrarse que hay alteraciones hormonales. Se han evidenciado algunos casos de malformaciones en el feto, provocando este una disminución de calidad de vida de un menor.

Relación causal de la aspersión del glifosato con los efectos negativos de la salud reproductiva de la mujer y la Responsabilidad Internacional del Estado Colombiano

La exposición a glifosato puede causar efectos adversos en la salud de las personas, aquellos casos donde se evidencien daños a la salud reproductiva como resultado del uso de glifosato por parte del Estado colombiano implicarían una violación de los derechos reproductivos, así como un desconocimiento de la obligación de respeto del derecho a la salud. Adicionalmente, estos hechos pueden incurrir en vulneraciones de otros derechos estrechamente relacionados como la vida, la dignidad, la integridad, la autonomía y vida privada. Dos son los informes que se hayan ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde dos mujeres en estado de embarazo manifestaron sufrir abortos involuntarios que fueron resultado de exposiciones al glifosato, cuando esté fue asperjado por agentes estatales. En los informes, la Comisión Interamericana declaró admisible los casos por posibles violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al derecho a la vida (art. 4), integridad personal (art. 5), garantías judiciales (art. 8), derechos de los niños, niñas y adolescentes (art. 19), propiedad privada (art. 21), protección judicial (art. 25) y a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26), todos ellos en relación con el artículo 1.1 de la Convención. Cuando estas mujeres en estado de gestación pierden sus hijos, la protección de la salud reproductiva de la mujer se ve soslayada por parte del Estado, resulta menester acotar que los derechos reproductivos se refieren al reconocimiento, respeto y garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente sobre el número de hijos, pero cuando con ocasión a una política institucionalizada y ejecutada por agentes estatales, estas mujeres pierden sus hijos, significa que el Estado omitió su deber de prevención y protección al que está obligado, e interfiere directa o indirectamente en la materialización de los derechos humanos y reproductivos de las mujeres y en su libertad de elegir si quiere procrear o no, cuando en teoría, los Estados deben abstenerse de ejecutar cualquier acción que de forma directa o indirecta implique una injerencia indebida en el ejercicio de los derechos reproductivos de las personas.

Efectos de la aspersión con glifosato en la salud reproductiva de las mujeres en Colombia

En Colombia, si bien es cierto que ha habido investigaciones sobre salud reproductiva con enfoque de género como lo ha hecho la Universidad del valle, y por último el informe ante la Comisión de la Verdad, gracias a varios escritos y disconformidades por parte de las comunidades afectadas, el Estado colombiano dio un *stop* a la aspersión mediante sentencia T-236 de la Corte Constitucional. Pero esta misma no ha sido determinante para establecer la responsabilidad del Estado frente al uso del glifosato y la afectación a la salud reproductiva de las mujeres, y tampoco se ha logrado un fallo determinante en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En Colombia, el glifosato ha sido tema de conversación en las diferentes esferas debido a sus múltiples usos, además de una gran controversia donde influyen las decisiones de política pública y política antinarcóticos en el contexto nacional. En 1984, se tomó la decisión de trabajar con este químico luego de haber utilizado el *paraquat*, siendo este último de mayor toxicidad. Pero fue hasta 1992 cuando en Colombia el glifosato se convirtió en la principal herramienta de erradicación de cultivos de coca y amapola, su composición está hecha a base de glifosato, Cosmoflux 411F®. Este mismo es el ingrediente activo de más de 750 herbicidas, que mata efectiva e indiscriminadamente todo tipo de plantas al bloquear una enzima esencial para su crecimiento. Está compuesto por una fracción de glicina y un radical amino fosfato unido como sustituyente de uno de los hidrógenos del grupo a-amino.

De acuerdo con diversos estudios consultados sobre la materia y que serán analizados a continuación, su uso aumenta las probabilidades de contraer cáncer, enfermedades respiratorias, dermatológicas y de tener abortos espontáneos. Al aplicar glifosato por medios aéreos se pone en riesgo la seguridad alimentaria de las comunidades cultivadoras, ya que se rocía también sus cultivos no ilícitos. El grupo de Epidemiología y Salud Poblacional (GESP) de la Escuela de Salud Pública de la Universidad del Valle y el Centro de Derechos Reproductivos, presentaron los resultados de una investigación sobre los efectos negativos del glifosato en la salud reproductiva de las personas, informe que fue entregado a la Comisión de la Verdad.

En él, hicieron un muestreo en el cual encontraron que 19 de estos estudios fueron hechos en poblaciones humanas y más de la mitad de los mismos reportaron efectos sobre la fertilidad, abortos espontáneos, nacimientos pretérmino, duración de la gestación, varios tipos de malformaciones, daño al ADN, déficit de atención y discapacidad intelectual. Cabe resaltar que hay varios estudios respecto a la salud reproductiva del ser humano pero poco se habla de la salud reproductiva con un enfoque de género. En varios análisis documentales se discute la falta de sesgo de información detallada.

Sin embargo, casi en la totalidad de estos se encontró algún efecto de la exposición al glifosato extrapolable a la salud reproductiva de la mujer como alteraciones hormonales, daño de órganos reproductivos, malformaciones congénitas, daños celulares y alteraciones de la fertilidad, en vías metabólicas, neuroportamentales y del neurodesarrollo.

En 2006, según el Informe de la Comisión de la Verdad:

Tania tenía 17 años y estaba embarazada. «En el mes de septiembre hicieron las fumigaciones con glifosato en El Patía. Mi niño apenas se estaba formando cuando a los seis meses me tomaron la ecografía. El doctor me dijo: “El niño viene con malformación y toca interrumpir el embarazo”, pero yo dejé que naciera, solo le pedí a Dios que mi niño naciera como fuera, no fui capaz de quitarle la vida” (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022).

En la revista *Molecular and Cellular Endocrinology*, los científicos realizaron un análisis en animales experimentales, concluyendo que el glifosato reúne los requisitos para ser considerado un disruptor endocrino que afecta la fertilidad de la hembra. El sistema endocrino, uno de los sistemas responsables de nuestra salud, regula la liberación de hormonas esenciales para funciones tales como el metabolismo, el crecimiento y desarrollo y la reproducción. Los denominados disruptores endocrinos o perturbadores endocrinos son sustancias químicas, ajena al cuerpo humano o animal, capaces de alterar el equilibrio del sistema endocrino. En tanto elementos perturbadores, los disruptores endócrinos, tienen un impacto directo en la salud de los seres vivos (UNAL, 2020).

Recordemos que se estima que se ha realizado aspersión aérea de al menos 1.800.000 hectáreas dentro del territorio nacional. Mediante la resolución No. 0006 de 2015, el CNE suspendió el uso del glifosato en las operaciones de erradicación en todo el territorio nacional, por implicar un potencial riesgo para la salud humana y el medio ambiente como resultado de que la IARC (International Agency for Research on Cancer), toda vez que es potencialmente cancerígeno. En la actualidad el programa se encuentra suspendido por orden de la Sentencia T-236 de 2017 de la Corte Constitucional. Según auto de seguimiento 387 de 2019, el Estado debe implementar una matriz para poder continuar con la aspersión, teniendo en cuenta los derechos fundamentales del medio ambiente, salud reproductiva y demás derechos fundamentales afectados.

Es indudable que la historia del uso del glifosato en Colombia atraviesa los escenarios del conflicto armado y ha jugado un papel relevante en las dinámicas de este; sin embargo, la salud reproductiva de las mujeres ha sido aislada como temática principal a pesar de los hallazgos. La Universidad del Valle hizo un análisis con enfoque de género y la salud reproductiva de las mujeres. Estos hallazgos son evidencia fuerte para que bajo el principio de precaución se tomen decisiones que prevengan la exposición al glifosato de las mujeres en edad reproductiva, sus hijos y sus parejas.

Yaneth Valderrama, una mujer del Caquetá, vio cómo el 28 de septiembre de 1998 tres avionetas y cuatro helicópteros de la Policía Nacional fumigaron varios terrenos de la región, incluyendo su predio familiar. Ella fue alcanzada por el herbicida y para el momento de los hechos tenía 4 meses de embarazo. Tras la fumigación recibió primeros auxilios por parte de la Promotora de Salud de la Vereda, quien la bañó con agua y jabón y ordenó que la enviaran a la ciudad de Florencia para recibir atención médica profesional. El 30 de septiembre ingresó al Hospital Departamental María Inmaculada de Florencia presentando manchas en la piel, dificultad para respirar y caminar y un intenso dolor de huesos y músculos, entre otros síntomas. Le practicaron un legrado uterino, porque presentaba un aborto incompleto. Su estado de salud se deterioró progresivamente, siendo necesario para ella acudir a los servicios de urgencias a inicios de marzo de 1999. Yaneth Valderrama falleció el 23 de marzo de 1999 con diagnóstico de “falla orgánica multisistémica, choque séptico, síndrome de dificultad respiratoria aguda,

neumonía adquirida en comunidad, neumonía nosocomial, síndrome neurológico piramidal y extrapiramidal, enfermedad autoinmune y granulomatosis de Wegner". Sus familiares sometieron su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el cual fue declarado admisible el 21 de junio de 2018.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible el caso por posibles violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al derecho a la vida (art. 4), integridad personal (art. 5), circulación y residencia (art. 22), igualdad ante la ley (art. 24), protección judicial (art. 25) y a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26), todos ellos en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

Cabe resaltar que los derechos reproductivos se refieren al reconocimiento, respeto y garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente sobre el número de hijos. Conexo a ello, el Estado debe proveer esos recursos de acceso a la salud y la libertad de cada ciudadano(a) para hacer efectivas estas decisiones. Los estándares internacionales de derechos humanos reconocen que los derechos reproductivos tienen una estrecha relación con otros derechos como el derecho a la vida, a la igualdad y la no discriminación, a la dignidad y a estar libre de tortura y tratos crueles, a la información, al consentimiento informado, a la autonomía y vida privada, a la intimidad y confidencialidad.

En ese sentido, la propia Corte Constitucional, al pronunciarse sobre los efectos en la salud en sentencia T-236 del 2017 y la T-300 del 2018 con ocasión de las aspersiones de glifosato estableció: "Los abortos involuntarios (...) son afectaciones importantes que el Estado debe evitar en desarrollo del deber constitucional de garantía del derecho fundamental a la salud y la vida".

Dicho lo anterior, se concluye que el uso del glifosato es altamente nocivo para la salud reproductiva de las mujeres, y que no solo se debe reconocer el hecho causado, sino también resarcir los daños por el uso de ellos en un marco de conflicto armado; un daño psicólogo, social

y económico causado a las víctimas. Por su lado, se evidencia que no se ha profundizado respecto al tema y que así mismo se han llevado 2 casos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que a la fecha solo han sido admitidos: Informe No. 76 /18 Petición 1453 -08 el día 15 de diciembre de 2008 fue presentada la petición y se hizo un observación del estado el 14 de agosto de 2015; informe no. 29/21 petición 1274-07, 1273-08 y 759-10, esta petición se realizó el 28 de septiembre de 2007, última observación referente al archivo del proceso 30 de marzo de 2020.

Cabe resaltar que son temas que exigen que el debate siga sobre la mesa y que se le dé la importancia necesaria, pues seguirá siendo clave frente al tema de drogas y salud pública en Colombia. Es por esto que la Fundación Ideas para la Paz (FIP) busca orientar futuras decisiones basadas en evidencias. Para poder comprender los elementos de protección establecidos en Colombia acerca de los derechos que pueden verse afectados con el uso del glifosato, es necesario hacer un recuento por los escenarios de protección fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Criterios de análisis de responsabilidad analizados desde la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional

Para entrar en contexto con respecto a la existencia de responsabilidad del Estado o no, en la fumigación de los cultivos ilícitos mediante la aspersión con glifosato, es importante analizar varios puntos que, a la luz de la lucha contra las drogas, podrían constituirse como la génesis, de lo que hoy sería el mal necesario que requiere el Estado para compensar los desmanes ambientales generados a causa del narcoterrorismo. En el Estado colombiano se ha normalizado la práctica de la aspersión aérea con mezclas de herbicidas que contienen coadyuvantes que los potencian con la intención afirmada de erradicar los cultivos de plantas declaradas ilícitas como el cánnabis, la coca y la amapola, dentro del contexto de la guerra de la droga. Adicionalmente, como mecanismo para ponerle fin al conflicto armado, que permea el país desde hace varias décadas atrás, aproximadamente 35 años.

Lucha contra las drogas ligada directamente con el glifosato

Ahora bien, en Colombia la lucha contra las drogas ha estado encaminada fuertemente en la erradicación de cultivos ilícitos, “en la búsqueda de mecanismos que permitieran contrarrestar la producción indiscriminada de la hoja de coca, se experimentó con las aspersiones aéreas desde la década de 1970” (López Castro, Peña Huertas, Triana Ancínez, Ortega Van Arcken y Valencia Herrera, 2021). Sin embargo, pese a la controversia y a la fuerte oposición, dicha práctica se convirtió en política a partir de 1994, transformándose posteriormente en el PECIG (Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con el herbicida Glifosato). Las aspersiones aéreas se mantuvieron incluso hasta el año 2015; sin embargo, Colombia seguía ubicándose como uno de los países con mayor producción de coca, alcanzando estadísticas significativas en materia de cultivos ilícitos. Desde sus inicios, en junio de 1978, el Ministerio de Justicia planteó la posibilidad de emplear la fumigación aérea con herbicidas en grandes extensiones, como proyecto experimental, con la finalidad de abarcar 19.000 hectáreas de marihuana sembradas en la Sierra Nevada de Santa Marta y Sierra de Perijá. Sin embargo, tiempo después fue prohibido por la Resolución 3028 de 1989 del ICA.

Entre 1978 y 1984 (y posteriormente, de forma esporádica), el Gobierno de los Estados Unidos y el Estado colombiano celebraron un acuerdo con el fin de experimentar con aspersores portátiles, sin la consideración de las comunidades que hacían parte de estos procesos, quienes estaban en total desacuerdo con dichas prácticas con ocasión del gran impacto medioambiental y de salud pública que conlleva la aspersión indiscriminada de dichos componentes. En varios estudios que realizó la comunidad se pudo analizar de manera juiciosa y acentuada su impacto, poniéndose en conocimiento de la Comisión de Drogas Narcóticas, en donde se determinó la inviabilidad de la comercialización y el uso de glifosato. Por otra parte, señaló la existencia de medios alternativos y químicos para cada uno de ellos que no generara muchos impactos negativos, siendo innecesaria la utilidad del glifosato ácido 2,4-diclorofenoxiacético.

Para la época de 1984, el expresidente Belisario Betancur apoyó la erradicación de la marihuana con productos químicos y recomendó su aprobación final por parte del Consejo de Ministros, proyecto que se publicó y ratificó mediante oficio número 002600 del 31 de julio 1984, en donde se estipuló el procedimiento de fumigación aérea. En respuesta de dicha ratificación, los colombianos establecidos principalmente en la zona de la Costa Atlántica, la Sierra Nevada de Santa Marta, entre otras comunidades, alzaron su voz de protesta en señal de descontento frente a esta decisión, considerando consecuencias a futuro como la generación de daños físicos y ambientales; por lo tanto, optaron por requerir la no aspersión en los parques naturales ni en las comunidades indígenas; sin embargo, el Estado colombiano resolvió desfavorablemente las solicitudes dando como resultado la continuidad de los procesos.

Frente al Estado colombiano y las Naciones Unidas, el mecanismo idóneo para contrarrestar la sobreproducción de la hoja de coca y combatir los cultivos ilícitos, estaba en la implementación de las aspersiones aéreas con glifosato; no obstante, se demostró el fracaso de dicha política antidrogas que más allá de producir riesgo ambiental, generó índices negativos con respecto a resultados, los cuales fueron expuestos por la comunidad internacional: "Según datos de la Casa Blanca, en el 2015 las hectáreas cultivadas con coca alcanzaron las 159.000, lo que representa un aumento del 42% con respecto a los cultivos registrados en el 2014, en Colombia (RCN, 2016)" (Garzón, 2016). Del mismo modo, se generó hacinamiento en las cárceles del país por la penalización frente a delitos menores en materia de drogas.

A pesar de los esfuerzos y políticas que durante décadas los distintos gobiernos han emprendido para contrarrestar el problema de las drogas, Colombia continúa teniendo una relación importante con la producción de cocaína (Gaviria y Mejía, 2011). Para el 2014, el país contaba con 109.788 hectáreas de cultivos de la hoja de coca, principal componente de la cocaína (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015). Los factores de esta relación no han sido explicados con certeza hasta ahora. Sin embargo, lo claro es que con el paso de los años se convirtió en el principal abastecedor del mercado emergente de drogas, en especial en Europa y Estados Unidos (Garzón, 2016, p. 1).

Afectación medioambiental a causa de las aspersiones aéreas y el pronunciamiento de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

Ahora bien, si bien es cierto que el objetivo estaba encaminado en primera instancia a la implementación de políticas que permitieran erradicar la producción de cultivos ilícitos, no es un secreto que la ejecución de dichas prácticas, desde sus inicios, ha generado controversia por su grado de afectación a los cultivos lícitos, el recurso hídrico, la flora y la fauna. Es así como en 1993, el Consejo de Estado emite su primera sentencia sobre aspersiones aéreas con glifosato, por el medio de acción de reparación directa interpuesta por comunidades indígenas que sentaron su voz de protesta por el deterioro, pérdida de cosechas y afectación a fertilidad de suelos; no obstante, “en la decisión se revocó la responsabilidad del estado, por no establecerse que se había efectuado el daño, ni que hubiere un nexo causal entre la actuación de la Policía y el deterioro de las cosechas” (López Castro, Peña Huertas, Triana Ancinez, Ortega Van Arcken y Valencia Herrera, 2021).

A pesar de reconocerse el glifosato como el generador del daño al medio ambiente en todas sus esferas, a corto, mediano o largo plazo, en materia de responsabilidad estatal aparecen varios matices que se van degradando a lo largo de la historia desde la óptica jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, condensados en el artículo “Glifosato, Campesinos y Jueces: La timidez de las altas cortes en la reparación de los daños ocasionados por la política de fumigaciones aéreas” por varios investigadores y producto del proyecto de investigación “Instituciones Jurídicas, Conflicto Armado y Desigualdad Agraria”, financiado por MinCiencias (Código: 1101-852-71427, Contrato 472-2020) y dirigido por Rocío del Pilar Peña Huertas.

En ese orden de ideas, se establece que en el año 1994 la Corte Constitucional emitió sentencia C-176/1994, donde realizó control previo de constitucionalidad a la ley 67 de 23 de agosto de 1993, por la cual se ratificó la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, toda vez que, si bien es cierto el tratado pretende generar sanciones y consecuencias represivas para aquellos agentes cuyas actividades estén inmersas o tan siquiera relacionadas con el tráfico de drogas y el cultivo ilícito (incluyendo

propietarios y cultivadores), sirvió también como “justificación de la fumigación en perjuicio de los cultivadores, pues el enfoque criminalizador con el cual se hacía la política antidrogas en el país —incluyendo el PECIG— prevaleció en la decisión y en la política pública” (p. 5).

En el mismo periodo de tiempo, “entre 1994 y 1996 hubo manifestaciones por parte de movimientos agrarios de los departamentos de Putumayo, Guaviare, Caquetá, Vaupés, Vichada y Meta” (López Castro, Peña Huertas, Triana Ancinez, Ortega Van Arcken y Valencia Herrera, 2021); sin embargo, en aquel entonces el Consejo de Estado no estableció la responsabilidad del Estado, al manifestarse la necesidad de demostrar el nexo causal entre la actuación del Estado y el deterioro de las cosechas. Por ende, no se configuró el daño a la ciudadanía, ni se ordenó la suspensión de las fumigaciones.

Más adelante, en el año 2017, llega a revisión de la Corte Constitucional una acción de tutela interpuesta por comunidades indígenas por el amparo del derecho fundamental de la consulta previa, el cual se consideró violentado frente a las políticas públicas de erradicación de la hoja de coca y los mecanismos empleados por el Estado para su ejecución. En primera instancia, el juez ordenó suspensión de las fumigaciones, mientras que la Corte Constitucional amparó el derecho a que las comunidades indígenas fueran consultadas, pero no suspendió las fumigaciones ni concedió la protección a la salud y el ambiente sano.

En el año 2001, se empieza a identificar el riesgo en materia de daño a raíz de la continuidad de las aspersiones aéreas con glifosato de manera indiscriminada; por tanto, ciudadanos interponen acción de grupo ante el Tribunal de Cundinamarca, que en aplicación del principio de precaución ordenó la suspensión transitoria, pero inmediata, de dichas fumigaciones, con la premisa de que se debían realizar estudios sobre su impacto sobre la salud humana, el medio ambiente y los cultivos lícitos. El Gobierno nacional manifestó su desacuerdo y apeló ante el Consejo de Estado, el cual resolvió, en sentencia 25000-23-25-000-2001-0022-02(AP) del 2004, revocar la decisión del tribunal y continuar con las aspersiones.

Del mismo modo, se empieza a debatir sobre la posible responsabilidad del Estado frente al daño ocasionado por las aspersiones aéreas;

sin embargo, establece el Consejo de Estado que deberá reclamarse por medio de las acciones constitucionales creadas para tal fin y el accionante deberá demostrar los elementos de la responsabilidad estatal: 1) el daño, 2) la imputación y 3) la relación de causalidad.

Con respecto a lo anterior, entonces, en el año 2012 dicho órgano consultivo resolvió un caso de daño a cultivos lícitos, ocasionado por aspersiones realizadas en 1997 en La Montañita, Caquetá. El Tribunal Administrativo del Caquetá condenó al Estado, y el Consejo de Estado mantuvo la decisión, al encontrar que estaba probado que: 1) los demandantes tenían cultivos lícitos, ganado y fuentes de agua en el predio; 2) se habían realizado fumigaciones sobre el predio y 3) luego de las fumigaciones, los cultivos, el ganado y las fuentes de agua se habían afectado, probándose así la responsabilidad del Estado, bajo los criterios establecidos, trasladando la carga al afectado por el mismo daño.

A partir del año 2013, se empieza a analizar el daño a partir del impacto a la salud humana y la vida, dando un cambio significativo frente a la postura de años atrás que tendía en mayor proporción a la protección estatal frente a prácticas que evidenciaban un perjuicio y el notorio abandono a los directamente afectados, que, sin ser parte del conflicto, se llevaban la peor parte.

En el año 2013, el Consejo de Estado analizó la responsabilidad del Estado por fumigaciones realizadas en abril de 1999, en una sentencia que resulta en especial relevante, por determinar cómo debe ser la reparación en casos de fumigación aérea a cultivos, y donde, más allá de la afectación a los intereses patrimoniales del demandante, se afecta el medio ambiente. A pesar de que el tribunal de primera instancia no se había referido sino a los daños materiales, la sentencia hace un esfuerzo argumentativo por explicar que un caso como este en el que se evidencia la afectación al medio ambiente faculta a los jueces a no considerar las reglas procesales de congruencia y *non reformatio in peius*, pues se trata de eventos en los cuales se afecta el interés colectivo.

Gracias a estos cambios en la jurisprudencia se reconocieron daños generados en el medio ambiente y las cosechas, pero no se condenó por daños sobre la salud humana y la vida; hasta el día de hoy, no se

ha hecho, a pesar de que en 2013 un estudio de la Universidad de los Andes demostró la relación entre el glifosato y abortos espontáneos y de que en 2015 la Organización Mundial de la Salud (OMS) señaló que el glifosato es cancerígeno. A diferencia de Colombia, las discusiones sobre la nocividad del uso del glifosato en países como Estados Unidos se centran en el daño a la salud (López Castro, Peña Huertas, Triana Ancinez, Ortega Van Arcken y Valencia Herrera, 2021, p. 10).

Entonces es, a partir del año 2014, que se enfoca la mirada de los órganos de cierre, rompiendo el silencio significativo de la Corte Constitucional durante varios años, poniendo en contexto el principio de precaución que exhorta al Estado colombiano a suspender las actividades que pusieran en riesgo los derechos colectivos, desarrollándose de la siguiente manera:

Tabla 1. Posturas del Consejo de Estado y Corte Constitucional en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad. 2014

Principio de proporcionalidad	
Consejo de Estado	Corte Constitucional
Decidió en 2014 sobre un caso paradigmático, en el que se evidenció su incidencia en la política de aspersiones, pues hizo un llamado de atención al Gobierno. La sentencia exhortó al Gobierno nacional a que, en aplicación del principio de precaución, examinara la posibilidad de utilizar alternativas a la erradicación de cultivos de uso ilícito mediante la aspersión aérea con glifosato. La sentencia ordenó la reparación de los perjuicios materiales causados en la modalidad de lucro cesante y daño emergente.	Emitió el Auto 073 del 27 de marzo de 2014 de la Corte Constitucional (Seguimiento a la Sentencia T 025 de 2004): ordenó a la ministra de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el apoyo de la Corporación Autónoma Regional de Nariño, y al ministro de Salud y Protección Social que, con la participación de las comunidades afectadas, realizaran los estudios técnicos y científicos para determinar el impacto de las actividades: 1) de aspersiones aéreas con glifosato, y 2) de exploración y explotación minera, sobre: a) el medio ambiente y b) la salud de las personas, en los territorios colectivos y ancestrales de las comunidades negras de Nariño.
Postura garantista de derechos fundamentales	

Nota. Elaboración propia.

Para el año 2015, se realizaron estudios profundos sobre la regulación y el buen manejo de glifosato, toda vez que se evidenció que en ciertas ocasiones se utilizó más producto para una menor hectárea y dicha aplicación en gran cantidad resaltaba una mala implementación o utilización del químico causando daños más grandes al medio ambiente y la salud. La empresa Talanu Chemical Ltd publicó un artículo acerca de la toxicidad del químico y los riesgos a los que exponía a la población y el medio ambiente.

Finalizando el 2015, el comisionado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), publicó en *The Lancet* informando que estas sustancias tenían componentes cancerígenos para el ser humano; en consecuencia, el ministro de salud de la época, Alejandro Gaviria, emitió un concepto recomendando el cese de las fumigaciones con glifosato con fundamento en la generación de daños enormes e irreversibles. Para el año 2016 se creó el denominado Plan Colombia que tenía como objetivo principal reducir la producción y el envío de sustancias psicoactivas a otros países; sin embargo, a la fecha los resultados de este plan no han sido muy satisfactorios porque en Colombia sigue existiendo una gran cantidad de cultivos ilícitos.

El Estado colombiano, en cabeza del Gobierno de Juan Manuel Santos, se propuso dejar de implementar la fumigación, en aras del futuro comercial del agro colombiano, e inició un programa de formación y desfase de agrotóxicos en la agricultura. Aun así, un grupo de investigadores criticó dicha propuesta, puesto que no tenía en consideración ciertos factores adversos como la salud reproductiva; por consiguiente, se resaltó la necesidad de determinar la prevalencia de los procedimientos y soluciones que propone las políticas antidrogas del Estado colombiano sobre los derechos a la salud y al medio ambiente de los ciudadanos.

Ahora bien, identificado lo anterior, a partir del año 2017 se pueden evidenciar claramente las distintas posturas de las altas cortes, teniendo en cuenta que mientras que en una se empieza a hablar de responsabilidad estatal frente al daño ocasionado por las aspersiones aéreas con glifosato, en otra se abre paso a la reactivación de dichas prácticas. Cabe precisar que en el año 2015, el CNE expidió la Resolución N.º 0006 del 29 de mayo de 2015, por la cual se ordenó la suspensión de

las fumigaciones aéreas con el herbicida glifosato. La orden de suspensión de fumigación, cuyo alcance fue nacional, se basó en la sentencia del Consejo de Estado de los pueblos étnicos del Pacífico nariñense, y el Auto 073 de marzo 27 de 2014 de la Corte Constitucional.

En la resolución se indicó que el PECIG es inconstitucional, pues al realizarse un test estricto de proporcionalidad se encontró que, si bien el PECIG persigue un fin constitucionalmente legítimo, que es la lucha contra las drogas y es una medida idónea para erradicar cultivos de uso ilícito, no es una medida necesaria ni proporcional (López Castro, Peña Huertas, Triana Ancinez, Ortega Van Arcken y Valencia Herrera, 2021).

En ese sentido, el Consejo de Estado en septiembre del año 2017 declaró a la nación y el Ministerio de Defensa como responsables por los daños derivados de fumigaciones hechas en 2004 sobre unos cultivos de pimienta en Orito, Putumayo:

Se los condenó a pagar perjuicios materiales y morales, pues no verificaron previamente que, de manera efectiva, el terreno por fumigar tenía plantaciones ilícitas. A pesar de que debían verificar la presencia de cultivos de uso ilícito antes de fumigar, las autoridades correspondientes omitieron este paso, ante lo cual se presentó una evidente falla en el servicio. El demandante ya no tenía cultivos de uso ilícito, pues hacía parte del programa de Familias Guardabosques, diseñado por el Gobierno nacional en el marco del Plan Colombia, y había desarrollado un proyecto con cultivos de pimienta que fueron fumigados, y ello causó pérdida de inversión y de utilidades para el demandante y vulneró su derecho al trabajo (López Castro, Peña Huertas, Triana Ancinez, Ortega Van Arcken & Valencia Herrera, 2021, p. 14).

En la sentencia T-080 de 2017, la Corte Constitucional consideró que era necesario evaluar las aspersiones aéreas con glifosato debido a los efectos negativos que podía causar en la salud de las personas y los riesgos inminentes de contaminación del medio ambiente. Para el 2018 se emitió sentencia donde el accionante fue un ciudadano de 46 años de edad contra la empresa Monsanto. Dicha acción tenía como fundamento fáctico múltiples cuadros de cáncer que presenta-

ba el ciudadano como consecuencia de la exposición involuntaria a la aspersión, señalando la culpabilidad de la empresa por omitir los lineamientos de la Corte Constitucional frente a la no utilización de los químicos (glifosato) de manera indiscriminada.

A su vez, el Gobierno nacional debía regular estrictamente la medida de aspersión con glifosato, y debe ser diseñada por un órgano diferente a las entidades que llevan a cabo la fumigación. Así mismo, se debe en el proceso dar participación a las comunidades étnicas, fortaleciendo las consultas previas, pues como se ha vislumbrado, dicha aspersión con glifosato ha recaído en zonas donde se hallan comunidades indígenas o afrodescendientes, y deberá entonces conocer las afectaciones que han podido haber sufrido en el pasado por el uso del glifosato en términos económicos, de salud, ambientales y culturales.

Por su parte, la Corte Constitucional, tras aproximadamente una década sin emitir fallos con respecto al tema, se pronuncia mediante la Sentencia T 300 y considera que el grado de afectación lo deben establecer las comunidades en conjunto con las entidades accionadas; de igual forma, “La corte estableció una serie de condiciones necesarias para reiniciar la aspersión de glifosato, condiciones que, de acuerdo con el actual gobierno de Iván Duque, el Estado ha cumplido”. Bajo la premisa anterior, con el mandato del presidente Iván Duque, la Corte Constitucional apertura la posibilidad de la reactivación de las fumigaciones bajo ciertos criterios de estricto cumplimiento, estableciéndose lo siguiente:

El presidente Iván Duque (...) solicitó a la Corte Constitucional, en 2019, modular la Sentencia T 236 de 2017, para reanudar el PECIG. (...) la corte hizo una revisión de los requisitos establecidos en la Sentencia T 236 de 2017, realizó ese mismo año una audiencia, y a partir de ella el magistrado Alberto Rojas presentó ponencia ante la sala plena de la corte (...) Se emitió el Auto 387 del 18 de julio de 2019, que aclaró los seis requisitos de la Sentencia T 236 de 2017, pidió, además, tener en cuenta el acuerdo de paz y dejó en manos del CNE la decisión final sobre el PECIG” (López Castro, Peña Huertas, Triana Ancinez, Ortega Van Arcken y Valencia Herrera, 2021, p. 16).

No obstante, se mantuvo la orden de suspensión de la actividad hasta que se diseñara el proceso mediante el cual se llevarían a cabo los

requisitos; sin embargo, no se dispuso sobre la responsabilidad del Estado en cuanto al daño y su correspondiente indemnización. Por su parte, el Consejo de Estado en el periodo 2019-2020 emitió fallos condenatorios para la nación, en procura de garantizar la protección de derechos fundamentales de los directamente afectados; sin embargo, en dichas sentencias se pudo evidenciar la gran dificultad para establecer el monto de la indemnización por los daños generados, surgiendo la necesidad de que las víctimas prueben el valor del daño, con conocimiento de causa, para que así se pueda determinar su cuantía.

(...) Si bien el Consejo de Estado alivió la carga de los demandantes sobre la necesidad de que probaran que el Estado había incumplido protocolos para la fumigación o demostraran con pruebas científicas que los daños eran generados por el glifosato, las víctimas deben, en todo caso, probar, con base en elementos técnicos, las inversiones que realizaron hasta el momento de la fumigación (daño emergente) y los ingresos que de estas se obtenían o esperaban obtener, susceptibles de ser cuantificados, y los cuales fueron interrumpidos como consecuencia del daño sufrido (lucro cesante) (López Castro, Peña Huertas, Triana Ancinez, Ortega Van Arcken y Valencia Herrera, 2021, p. 17).

En el año 2020, el Grupo de Epidemiología y Salud Poblacional (GESP) de la Escuela de Salud Pública de la Universidad del Valle y el Centro de Derechos Reproductivos publicó un informe que integraba más de 20 investigaciones, donde en la mayoría se encontró algún efecto a la salud reproductiva humana por la exposición al glifosato extrapolable, generando alteraciones hormonales, daño de órganos reproductivos, malformaciones congénitas, daños celulares y alteraciones de la fertilidad en vías metabólicas, neuroportamentales y del neurodesarrollo, resultado que fue puesto en conocimiento de la Comisión de la Verdad, en el marco del Acuerdo de Paz. Esta política de gobierno, anteriormente descrita y cuya finalidad era la erradicación de los cultivos ilícitos en el marco del conflicto armado, fue puesta en marcha por agentes del Estado, ideada por la misma fuente, y ejecutada por organismos estatales. La misma continuó hasta el momento en que la Corte Constitucional suspendiera la medida por no lograr demostrar el Estado colombiano que dicha práctica no constituía un riesgo para la salud de los habitantes y el medio ambiente. Si bien es cierto que a lo largo de la historia se ha generado gran controversia por la proble-

mática de orden público que se desencadena a raíz del narcotráfico y su incidencia en la salud pública, la cual necesariamente reviste de subjetivismos llenos de matices y ópticas con relación a la época y a la situación social actual, no se puede poner en disputa la necesidad de darle prioridad a la garantía de los derechos fundamentales, que de ninguna manera pueden estar ocultos por intereses más allá que los del bien común, analizado desde todos sus ángulos.

Por tanto, para identificar la responsabilidad del Estado resulta imperioso analizar el grado de afectación de las víctimas, con relación a los derechos vulnerados. En ese sentido, Cesar Camilo Barrientos Mateus, Franyer Sheneider Camarón Rincón, Judy Johana Arévalo López, Nubia Edith Céspedes Prieto y Ernesto Fajardo Pascagaza, en su artículo denominado "*Aspersión de Glifosato: un análisis social, ambiental y actividades del servicio de policía*" y publicado en la *Revista Médica Ocronos Total Staff*, realiza un análisis del daño producido al medio ambiente estableciendo lo siguiente:

El impacto nocivo al medio ambiente y particularmente al suelo, depende de la cantidad de concentración que se suministre, pues concentraciones altas de glifosato, pueden generar alteraciones en la estructura y el funcionamiento normal de las comunidades microbianas específicamente del suelo (...) Todo el equilibrio del medio ambiente se verá afectado, porque cuando interactúa con el suelo, también lo será con el agua del suelo y del subsuelo. El herbicida glifosato interactúa con el agua cerca de la superficie. El resultado de la desviación o descubrimiento de escorrentía cerca de cuerpos de agua. El herbicida glifosato puede extenderse por millas río abajo en afluentes.

Por lo anterior, luego de un análisis de las causas, los riesgos y los posibles factores determinantes en la vulneración directa de los derechos reproductivos, es posible establecer que el Estado colombiano tiene conciencia sobre la afectación y el grado de injerencia en las múltiples enfermedades ocasionadas a partir de la exposición de los habitantes al glifosato, especialmente a las mujeres; no obstante, la negativa frente a la evaluación de mecanismos subsidiarios que permitan atacar el narcotráfico sin alterar la salud reproductiva, genera un grado de responsabilidad de cara al sistema internacional humanitario, en el

escenario de vulneración directa a lo acordado en los tratados internacionales y al deber legal y constitucional de salvaguardar la vida e integridad de todos los habitantes del territorio colombiano, constituyéndose así una responsabilidad objetiva que amerita el tratamiento procesal correspondiente por parte de la autoridad internacional.

Conclusiones

Con base en la revisión realizada sobre el tema, podemos concluir que los herbicidas con glifosato como ingrediente activo son potencialmente perjudiciales para la sociedad. En el organismo humano pueden causar disminución de la actividad sexual y cambios bioquímicos, causar toxicidad en células placentarias y del hígado, actuar como un disruptor endocrino, generar afecciones respiratorias, gastrointestinales, dermatológicas y neurológicas, fragmentación del material genético, problemas de fertilidad, malformaciones en el feto en incluso perder la vida. Si bien es cierto que el Estado ha tomado precaución en el sentido de parar la aspersión, aún hacen falta análisis más profundos y estudios que determinen el daño, toda vez que muchos de los que se han elaborado no terminan en nada concluyente. Vemos que el Estado colombiano implementó estas medidas de erradicación de cultivos ilícitos con una finalidad de erradicación, esto mismo de manera desmedida en cuanto a que el daño que se ha generado a futuro ha sido de manera adversa a la ciudadanía, y que a la fecha se han reportado varios casos a causa de las fumigaciones que en algún momento fueron absorbidas por la población y que así mismo el Estado no ha respondido.

Una vez analizados los efectos de las aspersiones con glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos, empleados de manera indiscriminada, produciendo alteraciones importantes a la salud reproductiva de la mujer, es pertinente determinar entonces la postura garantista del Estado a través de la rama judicial, en relación con la responsabilidad de la Nación por los daños ocasionados a las víctimas que durante años han permanecido expuestas a dicho herbicida.

Ahora bien, atendiendo a la necesidad de establecer los criterios tenidos en cuenta para determinar la existencia de responsabilidad del Estado y el deber constitucional de resarcir el daño, se tiene que a la

luz del precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado a partir del año 1970 aproximadamente, se ha logrado evidenciar el desarrollo de la autonomía estatal frente a los derechos fundamentales desde varias esferas de protección.

En el caso en concreto, es posible determinar que si bien es cierto que la barrera temporal significaba una limitante a la hora de establecer criterios de responsabilidad por no contarse con material probatorio de carácter científico que pudiera nutrir el nexo causal entre la aspersión con glifosato y la afectación grave a la salud reproductiva, sí se generaron alertas por parte de comunidades indígenas sobre los efectos adversos a los cultivos lícitos y a las especies animales, provocados luego de la exposición directa al herbicida, situación que pasó desapercibida hasta el año 2001.

Fue entonces el Consejo de Estado quién determinó en el año 2012 la posibilidad de declarar responsable al Estado colombiano por daños ocasionados a cultivos lícitos en el año 1997, reevaluando los criterios de análisis que estuvieran acorde a la normatividad vigente, a las nuevas tecnologías, la era científica y la protección de los derechos humanos; por tanto, la Corte Constitucional en el año 2014 suspende las aspersiones con glifosato por considerarse perjudiciales para la salud. En efecto, tuvo que pasar más de una década para analizar sobre los posibles riesgos y las afectaciones de las múltiples víctimas que indudablemente se vieron inducidas a un daño que no tenían la obligación de soportar.

A partir de allí surge una particularidad en relación con el actuar de las altas Cortes. La Corte Constitucional guarda silencio al respecto, se manifiesta en 2019 dando luces a la posibilidad de considerar la reanudación de las prácticas de erradicación con glifosato, atendiendo al llamado del Gobierno Nacional, mientras que el Consejo de Estado se mantiene en la misma línea reconociendo a las víctimas de dichas prácticas, actuando como garante de los derechos humanos y del deber constitucional que tiene el Estado colombiano de salvaguardar la vida e integridad de sus habitantes.

Puede entonces determinarse que en el ordenamiento jurídico nacional se considera responsable el Estado colombiano por los daños pro-

vocados a la salud reproductiva de las mujeres que han sido expuestas de manera arbitraria a las aspersiones con glifosato, aduciendo que para su utilización y propagación, no se optó por la realización de estudios técnicos y científicos que permitieran identificar los efectos adversos que podría ocasionar, lo cual genera indudablemente una falla en el servicio que se traslada a una responsabilidad subjetiva susceptible de reparación.

Ahora bien, se ha evidenciado que el Estado colombiano tiene conocimiento pleno de la afectación a la salud reproductiva de la mujer, y por ende, la vulneración directa de los derechos reproductivos de la misma. Si bien es cierto que las operaciones llevadas a cabo por el Estado colombiano en aplicación de la política de erradicación de los cultivos ilícitos mediante la aspersión de glifosato se encuentran en el marco de la licitud y legalidad, pues las mismas no contrarían el ordenamiento jurídico, lo que es cierto también es que la aplicación de la política de aspersión con glifosato que ejecuta el Estado colombiano, no puede mirarse de manera sesgada, omisiva y sin limitación alguna del perjuicio, ni mucho menos, poner a las mujeres en una situación de vulnerabilidad incapaz de ser soportada, lo que directamente lo convierte en un daño antijurídico.

En líneas anteriores se expuso cómo en el marco del ordenamiento jurídico interno, particularmente en las manifestaciones del Consejo de Estado, se podría encontrar responsable al Estado colombiano de las afectaciones a la salud, e inclusive la salud reproductiva de las mujeres.

Ahora bien, en el plano internacional el Estado colombiano ha adquirido unas obligaciones de índole internacional, y las fuentes de esas obligaciones internacionales están recogidas en los tratados, convenciones y demás normas internacionales que el Estado colombiano ha ratificado. Su ratificación implica para el Estado el deber respetar el orden jurídico internacional al que se suscribe, si lo viola incurre en responsabilidad internacional por sus hechos internacionalmente ilícitos.

La responsabilidad internacional del Estado colombiano debe determinarse en primer lugar por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, y este nace en el momento en que el Estado, en primer lugar, viola una obligación internacional que se encuentra vigente, y

segundo, cuando el Estado ejecuta un comportamiento que le sea imputable mediante la acción o la omisión.

Así las cosas, cuando se identifican los efectos adversos que tiene la aspersión con glifosato en la salud humana, y precisamente en la salud reproductiva de las mujeres, de manera imperativa resulta necesario establecer la génesis de tales afecciones, que no es más que una medida tomada por el Estado colombiano para contrarrestar el narcotráfico y la extensión de la problemática de los cultivos ilícitos, utilizando la aspersión con glifosato.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Estado colombiano puede ser responsable por los daños causados a la salud reproductiva de las mujeres, mediante el uso de la aspersión con glifosato, al encontrarse que tal operación vulnera los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al derecho a la vida, derecho a la salud, integridad personal, garantías judiciales, derechos de los niños, niñas y adolescentes, propiedad privada, protección judicial y a los derechos económicos, sociales y culturales, todos ellos en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

A partir de los anteriores estándares y considerando que la evidencia científica presentada concluye que la exposición a glifosato puede causar efectos adversos en la salud de las personas, aquellos casos donde se evidencien daños a la salud reproductiva como resultado del uso de glifosato por parte del Estado colombiano implicarían una violación de los derechos reproductivos, así como un desconocimiento de la obligación de respeto del derecho a la salud y los demás derechos reconocidos en los tratados internacionales.

Los deberes del Estado colombiano no se circunscriben solamente a la garantía y la protección sino también a la prevención y mitigación del daño. El Estado colombiano no ha ejecutado programas que permitan la prevención de los efectos causados por el glifosato a la salud reproductiva de las mujeres, ni ha comprobado científicamente que su uso no genera los efectos adversos que se han expuesto a lo largo del presente trabajo.

Así las cosas, la aspersión con glifosato llevada a cabo por el Estado colombiano, es un hecho internacionalmente ilícito, que compromete la responsabilidad internacional del Estado colombiano, por cuanto sus efectos en la salud reproductiva de la mujer violan la realización y garantía de sus derechos reproductivos y demás derechos humanos consagrados en las diferentes Convenciones y Tratados ratificados por Colombia, lo que concluiría en una posible declaratoria de responsabilidad del Estado colombiano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por la omisión en el cumplimiento de las obligaciones y deberes por parte del Estado de cara a la garantía y protección de los derechos humanos.

Referencias

- Aranda Camacho G., Valenzuela Herrera A, García Rincón D, Almeida Ospina J (2016) Efectos del glifosato sobre la salud humana. *El Centauro*. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/centauro/article/view/2473>.
- Auto 073 (Seguimiento a la Sentencia T 025 de 2004) (2014, 27 de marzo). Corte Constitucional de Colombia. MP Luis Ernesto Vargas Silva. www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2014/a073-14.htm.
- Barrientos Mateus, C.C., Camarón Rincón, F.S, Arévalo López, J.J., Céspedes Prieto, N.E, Fajardo Pascagaza, E. (2020). Aspersión de Glifosato: un análisis social, ambiental y actividades del servicio de policía. *Revista Médica Ocronos Total Staff Vol. III. nº5:519*. <https://revistamedica.com/aspersion-de-glifosato-analisis-social-ambiental-policia/#:~:text=De%20acuerdo%20a%20la%20revisi%C3%B3n,establece%20la%20posibilidad%20de%20generar>.
- Camargo, P. (1983). *Tratado de Derecho Internacional*. Editorial Temis.
- Centro de Derechos Reproductivos. (2020). Salud reproductiva y glifosato en el contexto de conflicto armado. Reporte GESP - Universidad del Valle. <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/09/Salud-Reproductiva-y-Glifosato-en-el-Contexto-de-Conflicto-Armado.pdf>.
- Comisión de Derecho Internacional. (2001). Responsabilidad de los Estados: título y texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en 2a lectura: correcciones.
- Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 3 de septiembre de 1981. <https://www.ohchr.org/es/instru>

- ments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2005). Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2006). Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 de enero de 2006.
- Garzón, L. (2016). Colombia, Naciones Unidas y la lucha contra las drogas. *ZERO*.
- Huertas - Díaz, O. (2015). La Responsabilidad Internacional del Estado Colombiano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2006 - 2013). *Nova Et Vetera*, 23(67). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2696207.
- Informe 262-CI-02026, ASOM et al., Estudio sobre la situación y las oportunidades. <https://www.comisiondelaverdad.co/mi-cuerpo-es-la-verdad>.
- Informe especial (2020). Que el Estado no se haga el que no es con ellos, porque es a un pueblo al que está dañando. <https://web.comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/violencias-reproductivas-del-estado-colombiano-especial-violencias-reproductivas>.
- Informe no. 29/21, petición 1274-07, 1273-08 y 759-10 (2021). Informe de inadmisibilidad. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2021/COIN1274-07-1273-08%20y759-10ES.pdf>.
- Ingaramo P, Alarcón R., Muñoz de Toro Enrique M. (2020). Are glyphosate and glyphosate-based herbicides endocrine disruptors that alter female fertility?. *Science Direct*. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0303720720302343>.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2006). Promoción y Defensa de los Derechos Reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1832/promocion-y-defensa-de-derechos-reproductivos-espanol-2006.pdf>.
- Jofre Santa Lucía, J; Ocampo Seferian, P (2001). Responsabilidad Internacional del Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales. *Pontificia Universidad Javeriana*. <http://hdl.handle.net/10554/56476>.
- Kelsen, H. (1965). Principios de Derecho Internacional Público. *Scielo*. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552014000100025.

- Lodjak J., Verhulst S. (2020). Molecular and Cellular Endocrinology. *Science Direct*. <https://www.sciencedirect.com/journal/molecular-and-cellular-endocrinology>)
- López Castro, Y.; Peña Huertas, R; Triana Ancinez, B; Ortega Van Arcken, L; Valencia Herrera, M. (2021). Glifosato, campesinos y jueces: la timidez de las altas cortes en la reparación de los daños ocasionados por la política de fumigaciones aéreas. *Revista Unal*.
- Medici, S. (2020). Toxicología del glifosato: composición, efectos sobre el hombre y dinámica de la contaminación en el ambiente. *Fares Taie*. <https://www.farestaie.com.ar/novedades/profesionales/694-toxicologia-del-glifosato-composicion-efectos-sobre-el-hombre-y-dinamica-de-la-contaminacion-en-el-ambiente>.
- Murcia, M.P (2021). Los hijos del glifosato. *Liga contra el silencio*. <https://ligacontraelsilencio.com/2021/09/15/los-hijos-del-glifosato/>
- Peña Huertas, R. (2020). Glifosato, Campesinos y Jueces: La timidez de las altas cortes en la reparación de los daños ocasionados por la política de fumigaciones aéreas. *Revista Análisis Político, Universidad del Rosario, Vol. 2021, N.º 103*.
- Restrepo Guerrero, H. F., y Rincón Ruiz, L. H. (2021). Glifosato como factor de riesgo para malformaciones congénitas: revisión bibliográfica. *Revista Repertorio de Medicina Y Cirugía*, 30(2), 101–108. <https://doi.org/10.31260/RepertMedCir.01217372.1054>
- Resolución N.º 0006 (2015, 29 de mayo). Consejo Nacional de Estupefacientes. Diario oficial. N. 49530. 5, junio, 2015. Pág. 28. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/30031849>
- Sentencia 25000-23-25-000-2001-0022-02 (AP) (2004, 19 de octubre). Consejo de Estado. MP Nicolás Pájaro Peñaranda. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/Tomo3/25000-23-25-000-2001-0022-02\(AP\)IJ.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/Tomo3/25000-23-25-000-2001-0022-02(AP)IJ.pdf).
- Sentencia C-176/1994 (1994, 12 de abril). Corte Constitucional de Colombia. MP Alejandro Martínez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-176-94.htm>.
- Sentencia T-300/2017 (2017, 8 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. MP Aquiles Arrieta Gómez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-300-17.htm>.
- Varona M, Henao G, Díaz S, Lancheros A, Murcia A, Rodríguez N, Álvarez V (2009). Evaluación de los efectos del glifosato y otros plaguicidas en la salud humana en zonas objeto del programa de erradicación de cultivos

ilícitos. *Biomédica*, vol. 29 no. 3. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0120-41572009000300014.

Zamora A, Santiago E, (2020). Acerca de la relación de los abortos espontáneos y la aspersión aérea con glifosato de los cultivos de hoja de coca: aportes para el desarrollo del principio de precaución. *Universidad Externado de Colombia*. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/dc-9c9b64-0e24-4235-80d4-26c6386f8c6d>)

Capítulo 5

Control de convencionalidad y la protección de los derechos de las comunidades étnicas en Colombia

Laura Vanessa Díaz Villa⁴⁷
Gladys Rosa Villa Moreno⁴⁸
Mauricio Díaz Mosquera⁴⁹

47 Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina, Seccional Pereira. Correo: ldiaz237@estudiantes.areandina.edu.co

48 Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina, Seccional Pereira. Correo: gvilla4@estudiantes.areandina.edu.co

49 Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina, Seccional Pereira. Correo: mdiaz218@estudiantes.areandina.edu.co

Resumen

El presente artículo pretende auscultar las eventuales ventajas que trae la aplicación del control de convencionalidad en materia de protección de los derechos de las comunidades étnicas en Colombia partiendo de la existencia de instrumentos como el convenio 169 de la OIT, el cual genera para el Estado colombiano la obligación de proteger los derechos de las comunidades étnicas, preservar sus característicos planes de vida y la cosmovisión que estos tienen de lo que significa desarrollo, partiendo de la particular relación que tienen las comunidades con su territorio y cómo se relacionan con el mismo, entendiendo a este como un bien jurídico dotado de derechos. No obstante, pese a la existencia de instrumentos como la consulta previa, como mecanismos de participación y protección de los pueblos étnicos, la experiencia colombiana muestra grandes limitaciones, las cuales giran en torno a la baja efectividad que en la práctica tienen estos métodos por las precarias condiciones de existencia de las comunidades que dificultan la participación libre e informada de las mismas.

Palabras clave: Comunidades étnicas, control de convencionalidad, derechos étnicos, bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad.

Introducción

Con el paso de los años, es más evidente la influencia de la globalización económica y la generación de redes de interacción entre Estados soberanos, que si bien no son un fenómeno nuevo, sí se afianza y evoluciona con los avances tecnológicos. Esta misma situación ha generado desde hace varias décadas atrás la creación de estatutos jurídicos comunitarios que obligan a las naciones a replantearse la forma como se aplica y se entiende el orden jurídico interno, pues el mismo ha sido permeado por fenómenos como la constitucionalización del derecho internacional (Peters, 2018) y la internacionalización del derecho constitucional (Tremolada, 2016), necesarias para regular de mejor manera las interacciones entre Estados y construir estándares de protección de derechos comunes en las regiones.

En ese orden de ideas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha formulado algunos avances importantes en torno a la pro-

tección de las minorías étnicas de América Latina, principalmente en favor de la protección de los derechos que estas comunidades tienen para así mantener sus usos y costumbres, en defensa de sus cosmovisiones y planes de vida y a favor del derecho a la propiedad que les asiste a las mismas, pese a las jurídicamente precarias maneras como los distintos órdenes locales protegen el derecho de las comunidades a su territorio y la explotación del mismo. Estas comunidades tienen que luchar de manera constante con los intereses que surgen en el ejercicio de las actividades políticas y macroeconómicas del Estado, los cuales suelen afectar de forma directa a las comunidades étnicas su acceso a recursos como el agua en los páramos y a sus fuentes de alimentación en sus territorios, mediante la limitación a la pesca y cultivos por la preferencia a otro tipo de actividades mucho más lucrativas para las arcas estatales.

Por ello, resulta pertinente cuestionarse: ¿Cuál es la aplicabilidad del control de convencionalidad frente a la protección de los derechos de las comunidades étnicas en Colombia? Para lo cual, primero se debe determinar cuál es el marco de protección de los derechos de las comunidades étnicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para a continuación establecer el alcance del Control de Convencionalidad como criterio de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y posteriormente identificar qué herramientas jurídicas en el marco constitucional y legal relativas a los derechos de las comunidades étnicas existen en Colombia.

En ese sentido, es menester reconocer que en el plano interamericano, en las últimas décadas ha existido un trascendental avance en torno al reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades étnicas, principalmente relativos a la defensa y participación de las comunidades en los proyectos de gran impacto en sus territorios y demás actividades que al ser ejecutadas en sus comunidades tienen la potencialidad de alterar de forma drástica sus condiciones de vida.

Haciendo más que justificada la necesidad de garantizarles las condiciones de participar de forma justa en las decisiones que los afectan, lo que supone una nueva perspectiva en torno a la materialización de los derechos de las comunidades étnicas frente a los Estados del Siste-

ma Interamericano y que al ser traídas al plano nacional, generan una tensión. Por tal razón, se hace necesario estudiar la aplicación de los parámetros de protección que respondan a las diferentes necesidades de las comunidades.

Para estos fines se puede considerar adecuado al Control de Convencionalidad como un instrumento idóneo que facilita la aplicación de los parámetros internacionales de protección, en el orden doméstico, mejorando los marcos de protección y permitiendo que sean diversos actores involucrados en la protección de los derechos de las comunidades étnicas, puesto que el control de convencionalidad permite acercar a los jueces y servidores públicos en general a conceptos internacionales previamente desarrollados por la CIDH, para que sean aplicados en el territorio nacional. De esta forma, se debe lograr armonizar el contenido del *ius commune* americano en el orden jurídico estatal y que existan mejores bases normativas e instrumentos jurídicos que sean aplicables a la hora de resolver los conflictos que surgen de frente a los derechos de las comunidades étnicas en cuanto a sus condiciones de subsistencia.

En su estudio, Rodríguez (2007) se enfoca en hacer un recuento pormenorizado de la evolución histórica de los derechos de las comunidades étnicas en Colombia, en principio destacando los deberes estatales y los derechos de las comunidades étnicas, sociales, culturales, territoriales y de autogobierno, teniendo como fundamentación artículos de la carta magna del 91 y convenios internacionales ratificados por nuestro país.

Por su parte, Ortiz Quiroga (2013) aterriza su estudio más a los marcos normativos internacionales en materia de derechos humanos para entender conceptos como identidad cultural y la diversidad, indagando en cómo se protege la identidad de los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico de la Constitución Política de Colombia de 1991.

López-Martín (2016) realiza un análisis comparado entre Colombia y Perú sobre el derecho fundamental a la consulta previa reconocida a través del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual es una garantía a la participación de las comunidades indígenas

sobre las decisiones que afecten sus territorios, símbolo de supervivencia e identidad.

Se destaca la importancia del territorio para los indígenas, el cual tiene un significado muy importante, ya que representa su ancestralidad, es decir, no representa solo el espacio físico como cosa material, sino que tiene un valor inmaterial que es la relación con sus antepasados, cultura, espiritualidad y su conexión con la naturaleza, lo que se entendería en el “sistema socio territorial” de Monet como la territorialidad, un concepto más complejo que el del simple reconocimiento de su posición colectiva.

Para Mora Ayala (2021), en la práctica, la consulta previa no garantiza los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes en casos de extracción de recursos no renovables, como la minería. En ese orden de ideas y citando a Correa (2017), la autora nos señala que la consulta previa se encuentra inmersa en dinámicas de poder locales entre los miembros de las empresas, las comunidades y los grupos de poder en las zonas de las comunidades, lo que transforma a la consulta en una mera formalidad, más que un ejercicio real para garantizar la autonomía de las colectividades afrodescendientes.

Marco teórico

Luego de hacer una rigurosa revisión de la doctrina, sobre la materia fue posible identificar en primer lugar el estudio realizado por los profesores (Ramírez y Fernando, 2009). En este texto los juristas colombianos se encargan de hacer un análisis concreto de cómo se han utilizado las sentencias de la Corte Constitucional y las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como un elemento práctico en la toma de decisiones.

También es importante traer a colación el desarrollo realizado por Tremolada Álvarez (2016), quien aborda desde un estudio comparado uno de los fenómenos más interesantes del derecho constitucional. Partiendo del análisis del ordenamiento internacional, compuesto por tres estructuras normativas, para luego centrarse en el estudio de la internacionalización del ordenamiento colombiano.

Por su parte, Castilla Juárez (2014) hace un estudio de cuál es el verdadero significado de Control de Convencionalidad haciendo claridad de conceptos, pues a su entender se llegó a elaborar un falso Control de Convencionalidad que, seguido de la poca calidad existente en la jurisprudencia interamericana, respecto de las reales obligaciones de los Estados parte en relación a los compromisos que se adquieren en la aplicación de la sentencia de convencionalidad y sus consecuencias jurídicas en el orden interno.

Consecuentemente, Abramovich y Courtis (2003) afirmaron que es necesaria la “posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de algunas de las obligaciones que derivan del Derecho”, y así mismo los derechos económicos, ambientales, sociales y culturales “realmente efectivos cuando se les reconocen a los ciudadanos la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional para hacer efectivo el goce de sus derechos”, es decir, cuando se permite la materialización de la protección judicial de estos derechos mediante garantías reales constituidas en el orden jurídico.

Leyton-Arenas (2017) ilustra principalmente el concepto de consulta previa y el papel que juega para comunidades indígenas y tribales, como un instrumento a partir del cual se materializan premisas promulgadas con la Constitución Política de 1991, en pro de garantizar la diversidad étnica del país, permitiendo a los pueblos indígenas y grupos étnicos una participación activa en las decisiones legales o administrativas que se relacione con los territorios que habitan.

Por otro lado, haciendo un análisis jurisprudencial de la sentencia de la Corte Interamericana “Pueblo de Saramaka vs. Surinam”. Este caso hace referencia a la responsabilidad internacional del Estado por no haber adoptado medidas efectivas que reconozcan el derecho de propiedad colectiva del pueblo Saramaka, cuyos integrantes forman un pueblo tribal (afro) con características culturales específicas y una identidad conformada por una compleja red de relaciones con la tierra y las estructuras familiares, y a su vez la falta de recursos adecuados y efectivos para cuestionar dicha situación. Aun cuando el Estado es el propietario de los territorios y recursos ocupados y utilizados por el pueblo Saramaka, por aprobación tácita del Estado, este pueblo tiene autonomía para gobernar sus tierras, territorios y recursos.

No obstante, el Estado empezó a otorgar concesiones a terceros para actividades madereras y de minería en la zona del río Surinam superior y el territorio del pueblo Saramaka. Así mismo, las concesiones madereras otorgadas dañaron el medio ambiente afectando a la comunidad, en este caso la corte resuelve condenar al Estado por la vulneración de los derechos étnicos del pueblo de Saramaka.

Tal y como se demuestra en la exploración jurisprudencial como bibliográfica, los diferentes autores e instituciones muestran un gran apego, interés y apoyo, en lo que es la protección de los derechos de las comunidades étnicas y cómo en las últimas décadas se ha vuelto más efectiva la protección de estos derechos por parte de los Estados partes de la convención.

Diseño metodológico

Esta investigación jurídica es de enfoque cualitativo en el cual se busca un análisis documental, descriptivo y exploratorio. Según Hernández et al. (2014), los estudios cualitativos en investigación describen una serie de sucesos o acciones en un espacio determinado. En este sentido, en el enfoque cualitativo, el universo de estudio es una unidad de análisis o un grupo de personas, contextos, eventos y sucesos de análisis. Este análisis se fundamentó en la normativa internacional, la normativa nacional, los parámetros jurisprudenciales y constitucionales sobre los derechos de las comunidades étnicas; se toma como base el derecho internacional de los derechos humanos integrándose a la normativa colombiana, buscando establecer el sistema jurídico en el cual se desarrollan los derechos de las comunidades étnicas y la forma de integración del Control de Convencionalidad sobre dicho sistema jurídico.

La investigación que se desarrolla es de tipo descriptiva, debido a que se intenta generar un conocimiento que permita un incremento en las investigaciones en el tema, de la aplicabilidad del Control de Convencionalidad como instrumento de protección de los derechos de las comunidades étnicas fundamentado en la normativa internacional, la normativa nacional y los parámetros jurisprudenciales y constitucionales sobre los derechos de las mismas comunidades tomando como base el derecho internacional de los derechos humanos integrándose a la normativa colombiana. De esta manera, se busca especificar el im-

pacto que ha tenido la aplicabilidad del Control de Convencionalidad en los territorios de las comunidades étnicas.

La técnica aplicada para la recolección de la información fue una revisión documental de los instrumentos internacionales, tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, sentencias de la CIDH, sentencias de la Corte Constitucional, Constitución Política Colombiana, leyes nacionales y decretos. Para el análisis de esta información, se hizo uso de una matriz de análisis en la que se observa la evolución de los derechos de las comunidades étnicas tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional.

Para la elaboración de esta investigación se tuvo como muestra relevante a las sentencias de las cortes de cierre del Sistema Interamericano, es decir, Corte Interamericana, en materia de derechos de las comunidades étnicas, y a las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional relativas a la protección y defensa de los derechos de las comunidades indígenas y afros en Colombia, leyes, normas que regulan los derechos de las comunidades étnicas y artículos de investigación y reflexión relativos a los derechos de las comunidades étnicas en Colombia.

Para la recolección de la información desde la perspectiva de las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, hacen parte de la unidad de análisis las sentencias: Pueblo Saramaka vs Surinam, Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. De parte de la Corte Constitucional, podemos ubicar a las sentencias: Sentencia de constitucionalidad 139 de 1996, Sentencia de unificación 123 del 2018, la Sentencia de tutela 063 de 2019, la sentencia de tutela 011 de 2019 y la Ley 70 de 1993.

Hallazgos

Control de Convencionalidad como criterio de protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Cabe destacar que este Control de Convencionalidad no nace de la doctrina como tal, surge de la jurisprudencia a mediados del siglo XXI, en una sentencia de la Corte Interamericana de DH:

(...) el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos en concreto y la Convención Americana sobre Derechos humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana (Nogueira Alcalá, 2006).

Podemos decir que el Control de Convencionalidad es aquel instrumento con el que cuentan los Estados para hacer efectivo el carácter normativo y legal de la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia en su ordenamiento jurídico interno. En este orden de ideas, se puede considerar al Control de Convencionalidad como una herramienta idónea que facilita la aplicación de los parámetros internacionales de protección de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico interno, mejorando los marcos de protección de estos.

El Control de Convencionalidad puede ser concentrado o difuso. El primero es aquel que es realizado por la Corte Interamericana DH, este lo hace como órgano jurisdiccional o competente. El segundo es aquel que hacen todos los agentes del Estado en el ámbito de sus competencias y en todos sus niveles dicho control debe realizarse *Ex Officio*.

El Control de Convencionalidad puede entenderse como el cotejo entre el ordenamiento jurídico interno de una Nación o incluso sus actuaciones estatales (acciones u omisiones), y los derechos contenidos en la Convención Americana, el *corpus iuris* que integran el *ius comune* americano. En este entendido, también hacen parte de este parámetro las sentencias de la Corte Interamericana como legítima intérprete de la Convención.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de

la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile).

En la última década, la Corte Interamericana DH, ha profundizado su jurisprudencia en torno al Control de Convencionalidad, pues no solo los jueces están obligados a aplicar las normas de la Convención, sino que todas las autoridades administrativas del orden interno están obligados a inaplicar aquellas normas domésticas que vayan en contravía de la Convención Americana.

Control de Convencionalidad en Colombia

Colombia ratificó su compromiso internacional con el Sistema Interamericano con la expedición de la Ley 16 de 1972, que incorporó legalmente la Convención Americana de Derechos Humanos a nuestro sistema legal, en el marco del Estado social y democrático de derecho erigido en el Estado colombiano por la Constitución Política de 1991. Se entendió a la Convención Americana de Derechos Humanos como norma integrada del denominado bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-355, 2006).

A la hora de hacer un exhaustivo examen de constitucionalidad de la norma jurídica, desde finales del siglo pasado, la Corte empezó a realizar en sus ejercicios como guardiana de la Constitución un esfuerzo por integrar en estos los avances jurídicos que el sistema nos aportaba, y es así como en la sentencia C-716 de 1998 se declaró la exequibidad del artículo 417 del Decreto 2700 de 1991, pero únicamente por los cargos analizados, es decir, vulneración del artículo 189 numeral 11 y por violar las disposiciones 7-5 y 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por Ley 16 de 1972.

Se aplicó un Control de Convencionalidad, aun cuando no fuere llamado propiamente así, por el máximo tribunal constitucional del Estado. En este entendido, en algunos casos, como se estableció en la Sentencia C-802/02, se analizó la potestad de limitar derechos, bajo los mandatos del art. 27 de la convención; sin embargo, este importante pero tímido intento de integración del Control de Convencionalidad

al ejercicio del juez constitucional, no dejaba claro cuál era el papel que juega el Control de Convencionalidad en Colombia. No obstante, mediante la sentencia C-028/06, en demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 44, el literal d del artículo 45 y el inciso 1 del artículo 46 de la ley 734 de 2002 “Código Único Disciplinario”, la Corte Constitucional sienta un precedente claro respecto al llamado Control de Convencionalidad, argumentando que en lo que respecta a la Convención Americana sobre DH, en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior.

Bajo este panorama, queda clara la tendencia de interpretar el mencionado instrumento internacional como parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran rango de normas supraconstitucionales. “En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional, no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente, con el texto de la Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia C-028, 2006).

Aun cuando el texto de esta sentencia exponía la necesidad de una interpretación armónica de los postulados de la Convención Americana de DH y los mandatos de la Constitución Política de 1991, dilucidaba la existencia de un Control de Convencionalidad como parte del Control de Constitucionalidad, y esta apreciación ha generado la difícil implementación y entendimiento a cabalidad de qué es el Control de Convencionalidad y qué implica a la luz de los deberes estatales, por ejemplo en materia de reparación.

Sin embargo, esta es la directriz que ha tomado fuerza dentro de las altas cortes estatales, permitiendo que materialmente se esté realizando un Control de Convencionalidad, pero formalmente no se encuentra clara la obligación de los operadores judiciales en particular y de los agentes estatales en general de realizar un adecuado Control de Convencionalidad. El concepto planteado por el exmagistrado Sierra Porto, fue ampliado por el mismo tribunal constitucional en sentencia T-653/12, en el que argumentó que:

La actividad jurisdiccional ejercida en materia de protección de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre DH por parte de la Corte Interamericana, se erige como un mecanismo que desarrolla el reconocimiento del respeto de la dignidad humana, principio fundamental previsto en el artículo 1° de la carta, y el de primacía de los derechos inalienables de las personas, establecido en el 5° constitucional. De igual forma, ampara los valores contenidos en el artículo 2° de nuestra Constitución, en especial en cuanto garantiza la efectividad de los derechos de las personas (Corte Constitucional, Sentencia T-653, 2012).

Esta interpretación aún más integradora de los postulados convencionales antecedió la realizada por la Corte en Sentencia C-500/14, en la que, aun cuando manifestó que en diferentes jurisprudencias la Corte interamericana ha destacado la existencia y necesidad de aplicación del Control de Convencionalidad, para el sistema colombiano:

De acuerdo con la Corte Constitucional la armonización que se plantea no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ella es un criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso. Sin embargo, cuando las normas del tratado se integran al parámetro de Control y las autoridades encargadas de interpretarlo establecen una comprensión uniforme, reiterada y clara, no resulta posible desde la perspectiva de la inserción del Estado colombiano en las relaciones internacionales (arts. 9 y 226), abstenerse de considerar esa interpretación al analizar la posibilidad de examinar nuevamente un asunto que, en sede del Control abstracto, lo había sido previamente (Corte Constitucional, sentencia C-500, 2014).

Debido a que a la institución de la cosa juzgada se anudan importantes propósitos, la Corte considera que solo bajo condiciones muy estrictas los pronunciamientos de un Tribunal Internacional, fijando la interpretación de una norma integrada al bloque de Constitucionalidad, pueden habilitar a la Corte para pronunciarse nuevamente. Ello solo ocurrirá cuando la interpretación supere un juicio especialmente exigente, compuesto por las etapas enunciadas previamente.

Marco de protección de los derechos de las comunidades étnicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El mundo organizado en forma de Estados, tal como lo vemos el día de hoy, ha sufrido importantes transformaciones económicas y sociales relacionadas en gran medida con los avances que se dan en las relaciones e interacciones de los individuos, de los intereses en gran medida contrapuestos que suponen las relaciones humanas, que dan como resultado el conflicto y a la guerra como una forma de resolverlo. No obstante, en el mundo luego de los trágicos acontecimientos ocurridos en el marco de las dos guerras mundiales, los Estados organizados comenzaron una labor importantísima para prever y evitar situaciones parecidas, siendo unos de los principales avances en esa medida la consolidación de un régimen jurídico universal, con el propósito de garantizar unos derechos mínimos a los ciudadanos del mundo.

Hoy existen numerosos tratados en materia de derechos humanos, los cuales gozan de diferentes "*Nomen iuris*", ya sean nombrados pactos o convenios, tratados o protocolos. La mayoría cumplen una serie de características dentro de las que puede destacar que son multilaterales, es decir, que por regla general existen más de dos partes involucradas en su firma y por ende, están encaminados a el reconocimiento de derechos a los ciudadanos de los Estados miembros del convenio o del Estado, en pro de garantizar la efectiva protección y materialización de los derechos humanos en un país.

Dichos instrumentos han derivado los sistemas de protección de DH vigentes en las Américas: el Sistema Universal y el Sistema Interamericano. Por una parte, el Sistema Universal, entendido como el conjunto de órganos, documentos normativos y mecanismos mediante los cuales la ONU protege y promueve los derechos humanos. Por otro lado, el Sistema Interamericano es un sistema de protección de carácter regional, similar al europeo, que ha sido creado en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA). Para efectos de esta investigación serán tenidos en cuenta de manera particular los elementos de protección de las comunidades étnicas en el Sistema Interamericano.

A partir del artículo 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual sirve como fundamentación de los de-

rechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales que reza: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. El derecho a la propiedad desde la óptica del artículo 21 de la Convención Americana de DH tiene, por ende, una importancia singular para los pueblos étnicos, sean indígenas o afros, porque la garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, su cosmovisión, y planes de vida tanto terrenal como espiritual, por ello es determinante para lograr la integridad y la supervivencia de las comunidades étnicas.

Este derecho al territorio incluye el uso y disfrute de los recursos naturales: “Se relaciona directamente, incluso como un prerrequisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela). Ninguno de los artículos hace referencia a la propiedad colectiva de manera expresa. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han interpretado ambas en consonancia con otros tratados internacionales en materia de protección de los derechos de las comunidades étnicas, haciendo uso de un *corpus iuris* más amplio en procura de hacer una defensa adecuada de los derechos culturales y territoriales que tienen estas comunidades, para así proteger los derechos que tienen tales pueblos y sus integrantes sobre su tierra y los recursos que en ella se encuentran.

Un análisis rápido de los avances en este ámbito de estudio en los últimos años nos permite vislumbrar que el Sistema Interamericano ha contribuido de manera decisiva a desarrollar los contenidos normativos mínimos relativos al derecho de propiedad colectiva de los pueblos étnicos, territorios y los recursos de los que disponen tales como ríos, bosques, cerros, etc., que surgen “de los casos contenciosos, opiniones consultivas y medidas provisionales en que la Corte ha tratado esta temática, con especial énfasis en sus pronunciamientos en torno al contenido y alcance de los derechos y las obligaciones del Estado y la identidad cultural” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

Ahora bien, funcionalmente el Sistema Interamericano cuenta con dos órganos principales de protección, la Comisión Interamericana de De-

rechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La CIDH, creada el 10 de junio de 1993 con el propósito de fungir como ente principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Su principal función o mandato radica en promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas (Art. 106, Carta de la Organización de los Estados Americanos).

Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la organización en esta materia.

Dentro de las dinámicas ordinarias de un sistema acusatorio, la Comisión haría el papel de la fiscalía como la encargada de adelantar las investigaciones y reunir los elementos para la presentación de un caso contencioso en el sistema, mientras que la Corte Interamericana es la encargada de fallar, declarando la responsabilidad internacional del Estado de resultar el caso y en consecuencia ordenar las reparaciones pertinentes (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s. f).

En materia de protección a las comunidades indígenas en el Sistema Interamericano DH, no existe un tratado específico sobre los derechos de las comunidades indígenas; por lo tanto, los órganos de protección han acudido a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, toda vez que dichos órganos han entendido la importancia de promover la articulación de los estándares de protección fijados tanto en el Sistema de las Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Con fundamento en lo anterior, la Convención Americana y de la Declaración Americana, en relación con la protección de las comunidades indígenas, han sido interpretadas en consonancia con las normas del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes, conformando un conjunto de normas coherentes que definen las

obligaciones de los Estados miembros de la OEA en relación con el deber de protección de los Derechos de las comunidades étnicas.

En este orden de ideas, la Comisión ha jugado un papel determinante en la correcta defensa de los intereses de las comunidades y destaca como una característica común en la protección de los derechos de la comunidad étnica “que los pueblos indígenas y tribales a lo largo de las Américas han invocado el derecho a la autodeterminación o libre determinación en la defensa de sus tierras y territorios ancestrales, recursos naturales, culturas, formas de vida y de organización y representación política, y otros derechos” (CIDH, 2021).

Si bien internacionalmente se han podido desarrollar otros instrumentos normativos relativos a la protección de las comunidades étnicas como lo son la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de los pueblos indígenas; sin embargo, como lo evidencian los hechos, pese al reconocimiento internacional, los pueblos indígenas enfrentan desafíos en poder ejercerlo en la práctica, toda vez que la aplicación material del derecho a la libre determinación se relaciona con otros derechos fundamentales como los derechos a sus tierras, territorio y recursos naturales, y en la relación como identidad cultural, debido proceso y otros. No obstante, se requiere una consolidación del entendimiento de esos derechos desde un enfoque específico en el derecho a la libre determinación.

Actualmente, la CIDH cuenta con una relatoría para la protección de los derechos de las comunidades indígenas; mediante esta, lo que se busca es brindar una atención a tiempo y oportuna a los pueblos indígenas de la región americana, en especial aquellos que se encuentren en estado de vulnerabilidad, producto de violaciones de derechos humanos. Además de esto, se busca fortalecer el trabajo de la CIDH en la región.

A causa de que no existe una protección judicial efectiva de los derechos indígenas a la tierra, razones como la inaccesibilidad deberían ser reforzadas por los sistemas judiciales nacionales. Los Estados deben responsabilizarse para el incumplimiento de las obligaciones sobre

los derechos de las comunidades étnicas a la tierra. Además, cuando un Estado no cumple con sus deberes, las víctimas de violaciones de DDHH deben disponer de aquellos recursos que sean adecuados y eficaces.

Las comunidades étnicas perciben o anotan los derechos de propiedad de una manera colectiva y no de una manera individual. Teniendo en cuenta que los diferentes Estados están en la obligación de respetar los sistemas colectivos de tenencia de la tierra indígena, igualmente a respetar, proteger y cumplir los derechos indígenas a la tierra, es evidente de que los derechos de los pueblos indígenas puedan ser más protegidos y fortalecidos.

En ese entendido, pese a que la jurisprudencia de un caso en principio tiene efectos inter-partes, el deber de adecuar las disposiciones de orden interno de los Estados, para así prevenir futuras vulneraciones a las normas del *corpus iuris* americano, los lleva a asumir por pura coherencia jurídica y en procura de evitar reiteradas sanciones de responsabilidad internacional del Estado nuevas normas relativas a los derechos a la participación.

Crterios que han sido desarrollados en la jurisprudencia constitucional colombiana, en cuanto al ejercicio del Control de Convencionalidad difuso relativo a la protección de los derechos de las comunidades étnicas

Los derechos colectivos de las comunidades étnicas en Colombia han sido desarrollados de una manera lenta por el Estado, en parte por el lento desarrollo académico, normativo y jurídico en general relacionado a los pormenores del ejercicio efectivo de las comunidades y sus derechos a decidir sobre su territorio, a proteger sus usos, costumbres, cosmovisión y proyecto de vida, los cuales suelen girar en torno a la relación de los miembros de su comunidad con su territorio y los elementos que lo componen. Esto ha permitido la constante realización de procedimientos que desconocen los derechos en intereses legítimos de las comunidades por premiar la explotación económica de los territorios que históricamente han ocupado las comunidades étnicas.

Si bien en nuestra carta política no está consagrado expresamente el derecho a la consulta previa como instrumento de participación, la Corte en reiteradas sentencias la ha definido como el derecho fundamental que tienen las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas a ser consultadas sobre cualquier decisión que pueda afectarlas directamente (Obando Moreno, 2019).

De lo dicho por el magistrado, podemos llegar a la conclusión de que la consulta previa es un derecho que va de la mano con el derecho a la participación, puesto que ambos tienen como finalidad principal la defensa, protección y conservación de la identidad cultural de las comunidades étnicas cuando estas se vean afectadas directamente.

La Corte Constitucional en la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, ha reconocido que es necesario proteger el derecho fundamental a la consulta previa. Sobre este aspecto, ha señalado que:

(...) el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles – artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales (Corte Constitucional Colombiana, T-002, 2017).

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, se entiende que el contenido del Convenio 169 de la OIT adquiere una jerarquía normativa propia y un parámetro de control de constitucionalidad determinante en el ordenamiento jurídico colombiano, en tanto implica su obligatorio acatamiento por parte de las entidades públicas y privadas que

pretendan menoscabar las diversas cosmogonías indígenas o tribales de la Nación colombiana.

Así, la consulta previa constituye uno de los principales instrumentos internacionales para hacer frente a la discriminación y promover la dignidad, subsistencia y supervivencia de las comunidades étnicas. En concreto, este derecho exalta principios constitucionales axiales como la diversidad cultural y el pluralismo étnico, resaltando el poder de los pueblos indígenas para asumir el autocontrol de sus instituciones, formas de vida, desarrollo económico, identidad, lengua y creencias pueblos indígenas para asumir el autocontrol de sus instituciones, formas de vida, desarrollo económico, identidad, lengua y creencias.

Posteriormente, la sentencia SU.011/2018 resalta que el Convenio 169 de 1989 de la OIT es importante para analizar el alcance del derecho a la consulta previa en las comunidades negras y pueblos indígenas. Dos aspectos relevantes del artículo 27 del Convenio 169 de 1989 se encuentran en la previsión de que los pueblos asuman, progresivamente, y en la medida de las posibilidades fácticas de cada momento histórico, la prestación autónoma del servicio (inciso 2º), así como la obligación estatal de consultar previamente a los pueblos interesados los programas y servicios de educación, destinados a responder a sus necesidades particulares, y que deben abarcar “Su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales que les correspondan” (Corte Constitucional Colombiana, SU 011, 2018).

El derecho a la educación es de vital importancia en el Estado colombiano, ya que con este se busca acceder a una mejor calidad de vida y en las comunidades afros e indígenas debe garantizarse que este derecho tenga el mismo nivel de calidad debido a que estos pueblos tienen necesidades diferentes al resto de territorio nacional y es de vital importancia no desconocer sus costumbres ni lenguas nativas, es decir, preservar su cultura.

Ese mismo año en Sentencia SU-123 del 2018, la Corte Constitucional sostiene que:

El derecho a la consulta previa se incorpora vía bloque de constitucionalidad, a través de varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales se destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. El Convenio 169 de la OIT prescribe que los principios de participación y consulta son fundamentales. En su artículo 6º, se establece el deber general del Estado de consultar a los pueblos indígenas y tribales que sean susceptibles de verse afectados directamente por la expedición de medidas administrativas o legislativas. Dispone que la consulta previa debe adelantarse con herramientas y procedimientos pertinentes y adecuados para llegar a un acuerdo con las autoridades representativas de la comunidad y el artículo 7.3 prevé que los Estados posibiliten la realización de estudios en cooperación con los pueblos interesados para evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente, que puedan recaer ante las actividades que se desarrollen (Corte Constitucional Colombiana, SU 123, 2008).

La consulta previa es uno de los mecanismos más importantes en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades afro e indígenas, ya que su finalidad es la participación de estas mismas en la toma de decisiones administrativas cuando vean que estas estén afectando de manera directa su territorio, modo de vivir o cultura. De aquí la importancia que tiene el Convenio 169 de la OIT en pronunciarse sobre esta.

Analizando con posterioridad pronunciamientos más recientes, fue posible identificar las sentencias T-228/2019 y T-281/2019, las cuales exponen la importancia del convenio 169 de 1989 de la OIT en cuanto al tema de la consulta previa en las comunidades afros y pueblos indígenas. Este convenio ahonda en la obligación de los Estados pactantes de consultar a los pueblos indígenas y tribales que puedan verse afectados de manera directa por alguna de sus actuaciones administrativas o legislativas, de manera que no solo se les informe sobre las medidas a adoptar, sino que, en adición a ello, puedan manifestar su opinión, al igual que participar y contribuir en la adopción de estas decisiones, y así proponer fórmulas que les permitan beneficiarse realmente de los proyectos públicos o, por lo menos, lograr que la afectación sufrida sea la menor posible y efectivamente compensada. De esta manera,

la consulta previa es un deber del Estado Colombiano (Corte Constitucional Colombiana, T-228 de 2019 - T-281 de 2019).

Así mismo, en sentencia T-063 de 2019 se reconoce que el derecho a la consulta previa está delimitado por los estándares fijados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en especial lo previsto en las sentencias de la Corte Interamericana. Esto lo afirmo al analizar que:

La consulta previa no procede frente a casos taxativos considerados en la Constitución, la ley ni en la jurisprudencia, pues el criterio central para determinar su exigencia depende de la afectación directa a las comunidades indígenas, concepto delimitado por el convenio 169 de la OIT, la legislación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este mismo sentido, tuvo la Corte Constitucional en consideración lo previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al reconocer que el derecho a la libre autodeterminación es una *externa*, según la cual este derecho no significa la independencia de las comunidades indígenas frente a los Estados de los cuales hacen parte; y, por otro, *interna*, que reconoce en su favor el derecho a tomar decisiones sobre su desarrollo económico, social y cultural, y disponer de las riquezas y recursos naturales existentes en sus territorios según sus usos y costumbres, en el marco de los parámetros constitucionales y la integridad territorial.

Estos elementos fueron tenidos en cuenta por la Corte Interamericana en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua y en el del Pueblo Saramaka vs Surinam, donde además se estableció que:

Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera

el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado (Caso Saramaka vs Surinam).

El mecanismo ya antes mencionado en el texto, aparte de ser un mecanismo de partición, es también un derecho constitucional colectivo y de carácter público especial, ya que se trata de comunidades minoritarias y de obligatorio cumplimiento, puesto que este debe realizarse, como su nombre lo indica, previo a la realización de algún proyecto tanto de la administración como público.

En otra sentencia emblemática en el Sistema Interamericano, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, la Corte IDH reconoce que este derecho también comporta una obligación para los Estados parte de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, justamente la obligación de consultar todas las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar sus derechos. Esta obligación implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales puedan llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de Consulta Previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

De aquí la importancia de tener en cuenta los cuatro ejes que nos señala el Convenio 169 de la OIT: la autonomía de los pueblos indígenas y tribales, el respeto por la diferencia cultural, la defensa de los territorios y la participación de todos estos con el fin de garantizar y preservar los derechos de estas comunidades.

Discusión

La investigación permite corroborar que existe un *corpus iuris* importante al reconocimiento y protección de la libre autodeterminación de las comunidades étnicas en sus territorios que comprende el derecho de determinar libremente su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural, toda vez que el reconocimiento de estas libertades es un requisito esencial para poder ejercer otros derechos de las comunidades. Esto no debe suponer un cuestionamiento de la integridad territorial del Estado ni una amenaza a el control que ejerce el mismo en su jurisdicción, sino un avance en la defensa de los derechos de comunidades preexistentes a la creación de los Estados modernos. En ese orden de ideas, es relativamente fácil identificar un conjunto de normas legales y constitucionales, verbigracia, el artículo séptimo Constitucional que de forma explícita o implícita regula aspectos del reconocimiento y autodeterminación de los pueblos con elementos o aspectos fundamentales de este derecho como la autonomía, autogobierno, al reconocimiento de sus instituciones, sistemas de justicia y jurisdicción, entre otros asuntos.

Una de las principales problemáticas evidenciadas es la falta de respeto por las prácticas y procedimientos de las comunidades en sus procesos de toma de decisión, particular y especialmente cuando los mismos repercuten en aspectos económicos derivados del uso y aprovechamiento de los recursos naturales localizados en las zonas de influencia de las comunidades. Esta tensión surge por los intereses contra puestos del Estado y sus políticas y proyectos de prioridad nacional y la cosmovisión y prioridades de las comunidades siempre orientadas más a un uso sostenible de los recursos de sus territorios, puesto que de los mismos dependen su soberanía y seguridad alimentaria.

Los pueblos y comunidades indígenas y tribales en el Sistema Interamericano cuentan con un marco legal que reconoce convencionalmente y por desarrollo jurisprudencial derechos a la propiedad colectiva de los miembros pertenecientes, sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. En ese entendido, la jurisprudencia del SIDH, en materia de derecho a la propiedad colectiva o comunal de las comunidades étnicas, incorpora explícitamente en el ámbito de derecho a la utilización y aprovechamiento de los recursos naturales tradicionalmente usados por los pueblos y relacionados con sus cul-

turas, comprendiendo los usos estrictamente materiales, ya sea para su consumo personal u otros usos de carácter espiritual o cultural. En ese orden de ideas, es una consecuencia necesaria del reconocimiento a la propiedad territorial colectiva el derecho a usar y explotar sus territorios conforme a sus tradiciones y costumbres, como lo determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka vs Surinam, incluidos los derechos a participar de los beneficios y participar de manera activa mediante consulta previa libre e informada en las decisiones relativas a la explotación del subsuelo.

Para la Corte Interamericana DH:

El derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo (...) poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia (...) a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras tradicionalmente han poseído.⁵⁰

Según ha explicado la Corte Interamericana de Derecho Humanos:

La conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto que los miembros de los pueblos indígenas y tribales, si dicho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que, a su vez, mantiene ese estilo de vida.

Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la convención, a fin de ga-

50 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, subtítulo D.

rantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.⁵¹

Referencias

- Abramovich, V., & Courtis, C. (2005). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. *La protección judicial de los derechos sociales*, 3, 3-31.
- Castilla Juárez, K.A. (2014). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, (33), 149-172. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932014000200006&lng=en&tIng=es.
- Correa, A. (2017). La consulta previa frente a la minería. estudio de caso en los resguardos indígenas del noroccidente colombiano. *Revistas científicas*. <http://lunazul.ucaldas.edu.co/index.php/english-version/91-coleccion-articulos espanol/277-la-consulta-previa-frente-a-la-mineria>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia SU-011. MP Diana Fajardo, Gloria Ortiz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-002. MP Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia T-281. MP Gloria Ortiz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia T-228. MP Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia SU-123. MP Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T- 704 del 2016. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

51 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 137. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 121.

- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia SU - 23 del 2018. Carlos Libardo Bernal Pulido.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia T-063 del 2019. MP Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.
- Durango Álvarez, G. A., & Garay Herazo, K. J. (2015). El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. *Prolegómenos*, 18(36), 99-116.
- Leyton-Arenas, N. (2017). La consulta previa para comunidades campesinas: una oportunidad para el ordenamiento jurídico colombiano. <http://hdl.handle.net/10983/14807>.
- López-Martín, J. C. (2016). El derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas: un estudio comparado entre Colombia y Perú desde un enfoque territorial. <http://hdl.handle.net/10983/8556>.
- Mora, A. C. (2021). La línea de la corte constitucional de Colombia sobre la omisión de la consulta previa en el caso de proyectos extractivos en territorios de las comunidades étnicas afrodescendientes y sus efectos sobre la protección de sus derechos: el caso minero. <http://hdl.handle.net/20.500.12010/24272>.
- Obando, J. (2019). Parámetros Jurisprudenciales de la consulta previa en relación con las comunidades étnicas. Precedente en los proyectos de licenciamiento Medio Ambiental. https://medioambiente.uexternado.edu.co/parametros-jurisprudenciales-de-la-consulta-previa-en-relacion-con-las-comunidades-etnicas-precedente-en-los-proyectos-de-licenciamiento-medio-ambiental/#_ftn1.
- Ortiz Quiroga, J.A. (2013). La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (30), 217-249.
- Peters, A. (2018). Los méritos del constitucionalismo global. *Revista Derecho del Estado*, (40), 3-20.
- Pinon, S. (2020). Las incertidumbres del constitucionalismo global. *Teoría y realidad constitucional*, (46), 141-172.

- Ramírez, M. F. Q., & Fernando, M. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (12), 163.
- Rodríguez, G. A. (2014). *Breve Reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia*. [http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/files/Resena_Derechos_Legislacion_Comunidades_Etnicas\(1\).pdf](http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/files/Resena_Derechos_Legislacion_Comunidades_Etnicas(1).pdf).
- Rodríguez Palop, M. E. (2010). *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*. Dykinson.
- Sánchez, E. (2003). Los pueblos indígenas en Colombia: Derechos, políticas y desafíos. *UNICEF*. <https://www.unicef.org/colombia/media/251/file/Pueblos%20indígenas%20Colombia.pdf>.
- Tremolada Álvarez, E. (2016). La internacionalización del derecho constitucional en Colombia: una garantía para los procesos de integración. Ejercicio comparado con los países andinos. *Revista IUS*, 10(37), 103-128. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000100103&lng=es&tlng=es.