

Sujetos de protección en el derecho privado

Clara Carolina Cardozo Roa • Sandra Milena Daza Coronado (eds.)
Josefina Alventosa del Río • José Vicente Andrade Otaiza
Gretha Camela Camacho Torres • Raquel Guillén Catalán
Rosa Elizabeth Guío Camargo • Ana Isabel Marrades Puig
Eddy Rolando Ramírez Gómez • Juan David Salamanca Cruz

PRIVADO 21

Rosa Elizabeth Guío Camargo

Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho. Candidata al Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

Profesora de Derecho Civil en las universidades Católica y Nacional de Colombia. reguio@ucatolica.edu.co

Ana Isabel Marrades Puig

Doctora en Derecho de la Universitat de València (España). Secretaria del Instituto Universitario de Estudios de las Mujeres. Secretaria de la *Revista Quaderns Feministes*. Vocal de la Red Feminista de Derecho Constitucional. ana.i.marrades@uv.es

Eddy Rolando Ramírez Gómez

Abogado y especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia, y magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente de las universidades Católica y Nacional. erramirez@ucatolica.edu.co

Juan David Salamanca Cruz

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial y magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. jdsalamanca@ucatolica.edu.co

Josefina Alventosa del Río

Doctora en Derecho de la Universitat de València (España). Profesora titular de Derecho Civil, Premio Extraordinario de Licenciatura y Fundación Cañada-Blanch. Directora del Grupo de Investigación Derechos de la Personalidad y Bioética. josefina.alventosa@uv.es

José Vicente Andrade Otaiza

Docente de la Universidad Católica de Colombia, abogado de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, doctorando de la Universidad de Buenos Aires (UBA). jvandrade@ucatolica.edu.co

Gretha Camela Camacho Torres

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Ciencia Política con doble titulación de la Universidad Católica de Colombia y de la Universidad de Salerno. Profesora de tiempo completo de la Universidad Católica de Colombia. grethacc@hotmail.com

Clara Carolina Cardozo Roa

Abogada, magíster en Derecho y candidata al Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesora temporal de la misma universidad. ccarocroa@hotmail.com

Sandra Milena Daza Coronado

Abogada especialista en Derecho de Familia, magíster en Derecho y doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Docencia y Pedagogía Universitaria (UGC), con carrera académica desde 2003. smdazac@unal.edu.co

Raquel Guillén Catalán

Profesora titular de Derecho Civil de la Universitat de València (España). Doctora en Derecho por la Universitat de València (España), con sobresaliente *Cum Laude* por unanimidad y Premio Extraordinario de Doctorado. raquel.guillen@uv.es

- Clara Carolina Cardozo Roa • Sandra Milena Daza Coronado (editoras)
- Josefina Alventosa del Río • José Vicente Andrade Otaiza • Gretha Camela Camacho Torres
 - Raquel Guillén Catalán • Rosa Elizabeth Guío Camargo • Ana Isabel Marrades Puig
 - Eddy Rolando Ramírez Gómez • Juan David Salamanca Cruz

Sujetos de protección en el derecho privado



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Cardozo Roa, Clara Carolina

Sujetos de protección en el derecho privado / Clara Carolina Cardozo Roa, Sandra Milena Daza Coronado, Josefina Alventosa del Río, José Vicente Andrade Otaiza, Gretha Camela Camacho Torres, Raquel Guillén Catalán, Rosa Elizabeth Guío Camargo, Ana Isabel Marrades Puig, Eddy Rolando Ramírez Gómez y Juan David Salamanca Cruz; editores Clara Carolina Cardozo Roa, Sandra Milena Daza Coronado. – Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2020

348 páginas; 17 x 24 cm

ISBN: 978-958-5133-42-6 (impreso)

978-958-5133-43-3 (digital)

I.Título II. Daza Coronado, Sandra Milena III. Alventosa del Río, Josefina IV. Andrade Otaiza, José Vicente V. Camacho Torres, Gretha Camela VI. Guillén Catalán, Raquel VII Guío Camargo, Rosa Elizabeth VII Marrades Puig, Ana Isabel VIII Ramírez Gómez, Eddy Rolando VIII Salamanca Cruz, Juan David

1.Derecho Privado 1.Derechos civiles

Dewey 346 ed 21

Proceso de arbitraje

1.º concepto

Evaluación: 4 de junio de 2019

2.º concepto

Evaluación: 18 de marzo de 2020

- © Universidad Católica de Colombia
- © Clara Carolina Cardozo Roa (ed.)
- © Sandra Milena Daza Coronado (ed.)
- © Josefina Alventosa del Río
- © José Vicente Andrade Otaiza
- © Gretha Camela Camacho Torres
- © Raquel Guillén Catalán
- © Rosa Elizabeth Guío Camargo
- © Ana Isabel Marrades Puig
- © Eddy Rolando Ramírez Gómez
- © Juan David Salamanca Cruz

Primera edición, Bogotá, D. C.
Noviembre de 2020

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Alejandra Muñoz Suárez

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Cardozo Roa, C.C., Daza Coronado, S.M. (Eds.). (2020). *Sujetos de protección en el derecho privado*. Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Cardozo Roa, C. C. y Sandra Milena Daza Coronado, eds. *Sujetos de protección en el derecho privado*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2020.

doi: 10.14718/9789585133433.2020

Facultad de Derecho

Carrera 13 n.º 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Licencia Creative Commons Atribución
sin derivar 4.0





UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Facultad de Derecho

Grupo de investigación

Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi)

Líneas de investigación

Derecho Privado: constitucionalización del Derecho Privado Nacional,
Estudios de derecho privado comparado

Proyecto de investigación

Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate
constitucional y los nuevos desarrollos de la economía

Resumen

Este libro busca profundizar el principio de igualdad jurídica, sus alcances y contenidos frente a determinadas personas y su ampliación a otros sujetos bajo la metodología de la dogmática jurídica, revisión bibliográfica y jurisprudencial dentro del proyecto “Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía”, del Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual, en la línea de investigación Derecho privado: constitucionalización del derecho privado nacional, estudios de derecho privado comparado de la Universidad Católica de Colombia.

Su propósito es ofrecer a la comunidad académica estados del arte que faciliten la posterior formulación de proyectos de investigación que permitan el estudio, la comprensión y dimensión del sujeto de derechos como una categoría que trasciende al concepto tradicional de persona en su búsqueda de la igualdad jurídica frente a situaciones vinculadas con la edad, el sexo, el género, la discapacidad, las condiciones económicas, entre otras, en la era de la constitucionalización del derecho.

Palabras clave

Derecho civil, derecho de familia, estatus jurídico, Derechos humanos, igualdad de oportunidades, derecho mercantil, sujeto de derechos, constitucionalización del derecho o (constitucionalización del derecho privado).

Abstract

This book seeks to deepen the principle of legal equality, its scope and content in front of certain population. In the same way as its extension to other subjects, under the methodology of legal dogmatics, it seeks a bibliographic and jurisprudential review within the project “The challenges of contemporary private law in the context of the constitutional debate and new developments in the economy”, of the Group Study in Private Law and Intellectual Property in the line of research Private Law. The foregoing within the framework of the constitutionalization of national private law, and comparative private law studies at the Catholic University of Colombia.

The purpose of this book is to offer to the academic community states of the art that facilitate the subsequent formulation of research projects to allow the study, understanding and dimension of the subject of rights as a category that transcends the traditional concept of person in their search for legal equality in situations related to age, sex, gender, disability, economic conditions, and others. All within the era of the constitutionalization of private law

Keywords

Civil law, family law, legal status, human rights, equal opportunities, commercial law, subject of rights, constitutionalization of private law.

CONTENIDO

Presentación de la obra y agradecimientos	13
Introducción. El sujeto de derechos: ¿invención en la Constitución del 1991?	17
Referencias	29
Primera parte La protección especial debida a ciertas personas	
Capítulo 1. La protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.....	33
Introducción	33
La protección integral como paradigma de concepción de la infancia	34
La protección integral en las normas y en las políticas públicas.....	42
Elementos e implicaciones de la protección integral	44
Protección ¿para los niños o en contra de los niños?	49
Protección integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	51
Conclusiones	56
Referencias	57
Jurisprudencia	61
Capítulo 2. La mujer como sujeto de derechos: la maternidad en el centro de la polémica	63
Introducción: la mujer como sujeto de derechos.....	63
Descripción del problema: los (las) sujetos responsables del cuidado familiar	66
Las propuestas de reforma en clave de género en torno al sujeto mujer y la maternidad.....	70

La necesaria corresponsabilidad de los cuidados y la proposición de ley de los permisos iguales e intransferibles en España	71
La maternidad y la gestación subrogada: los derechos y las renunciaciones	73
Conclusiones	85
Referencias	86

Capítulo 3. El derecho a la identidad de género en España: incidencia en el ámbito familiar	89
Introducción	89
Contexto jurídico actual del derecho a la identidad de género en el ordenamiento jurídico español	92
Los principios constitucionales y el reconocimiento de derechos en relación con la identidad de género	93
Legislación española sobre identidad de género	96
Incidencia de la identidad de género en el ámbito familiar	100
El derecho a la identidad de género en el entorno familiar. Discriminación de la familia por razón de la identidad de género	100
La celebración de matrimonio por persona transexual	101
Atribución de la filiación, de la adopción y de la tutela y curatela a persona transexual	103
Relaciones paterno-filiales	106
Especial referencia a la situación de los menores transexuales en el ámbito de la familia	106
Conclusiones	112
Referencias	113

Capítulo 4. El consumidor financiero: aproximación desde el derecho sustancial	117
Introducción	117
Inicios del sistema financiero colombiano	118
Crisis de los ochenta y nacionalización de entidades financieras	119
Privatización y crisis de 1999	122
El público, banqueros y la economía	125
Análisis económico de la relación de consumo en el sistema financiero	126
El derecho del consumidor financiero en el derecho comparado	129
Consumidor financiero en Europa	129
Consumidor financiero en Estados Unidos	132
Consumidor financiero en Chile	133
Consumidor financiero en Perú	134
El consumidor financiero en Colombia	135

Marco normativo del sistema financiero	135
La protección al consumidor en general	138
Protección al consumidor financiero colombiano	139
Exposición de motivos de la Ley 1328	140
Ponencia del Proyecto de Ley 282 de 2008 de la Cámara, 286 del Senado	141
Protección al consumidor financiero en la Ley 1328	142
Conclusiones	152
Referencias	153
Normativa	156
Jurisprudencia	156

Segunda parte La capacidad de ejercicio en discusión

Capítulo 5. Breve excursio sobre la capacidad para contratar de los menores

en España	159
Introducción	159
La capacidad para contratar de los menores	160
La capacidad de obrar de los menores	160
La capacidad contractual de los menores	161
La representación legal de los padres	162
La configuración del interés superior del menor	164
Su reciente tratamiento jurisprudencial en materia contractual	166
Su desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico español	170
Conclusión	171
Referencias	173

Capítulo 6. La persona con discapacidad mental

Introducción.....	175
Aproximación a la comprensión actual de las personas	
con discapacidad intelectual	177
Definiciones	178
Mitos sobre las personas con discapacidad	183
Marco normativo	185
A nivel internacional	185
En la Constitución política de 1991 y ordenamiento posterior	187
Inclusión jurisprudencial respecto de la discapacidad en Colombia	194
Conclusiones	197
Referencias	198
Jurisprudencia	201

Capítulo 7. La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender: ¿protegido o excluido?	203
Introducción.....	203
El discapacitado auditivo que no se puede dar a entender como incapaz absoluto	205
La falta de certeza acerca de la capacidad de ejercicio de la persona en condición de discapacidad auditiva que no se puede dar a entender	211
La propuesta: la persona con discapacidad auditiva como sujeto plenamente capaz.....	219
Conclusiones	226
Referencias	227

Capítulo 8. El testamento vital: protección de personas a través de declaraciones anticipadas en Argentina y Colombia.....	233
Introducción: breve historia del testamento y su comparación con el testamento vital	233
Aspectos generales	238
Concepto de testamento vital	239
Características del testamento vital	240
Clases de testamento vital	249
El testamento biológico, testamento vital, <i>living will</i> o <i>declaration</i>	250
Los poderes de representación	251
El testamento vital mixto o las directivas anticipadas mixtas y complejas	251
La historia de valores o <i>values history</i>	252
Instrucciones previas, voluntades anticipadas, voluntades vitales anticipadas o manifestaciones anticipadas de voluntad.....	252
Su regulación en Argentina y en Colombia.....	253
En Argentina	253
En Colombia	256
Conclusiones	268
Anexo normativo.....	271
Código Civil (vigente hasta 2015)	271
Referencias	276

Tercera parte Los nuevos sujetos de derecho

Capítulo 9. Sujetos de especial protección en su papel en la familia: un estudio preliminar del nuevo constitucionalismo en Colombia y España	281
Introducción.....	281

Desde el interés superior de la familia	285
La familia como institución básica de la sociedad.....	286
Derechos fundamentales o básicos de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.....	290
Desde la naturaleza jurídica de la familia	303
Igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Protección especial a la mujer	303
Derechos fundamentales de los niños	305
Protección al adolescente.....	306
Protección y asistencia al adulto mayor.....	308
Desde el carácter genérico y omnicomprendivo de la familia.....	309
Derecho al honor e intimidad personal y familiar.....	310
Derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	313
Derecho a la personalidad jurídica y derecho a la igualdad.....	317
Conclusión	320
Referencias	322
Jurisprudencia	324
Anexo	325
Capítulo 10. La inteligencia artificial como sujeto de derecho	327
Introducción.....	327
El concepto de “sujeto de derecho”.....	329
La inteligencia artificial y su impacto en el derecho	335
Conclusiones	343
Referencias	344

PRESENTACIÓN DE LA OBRA Y AGRADECIMIENTOS

Las editoras¹

Atendiendo a la misión de la Universidad Católica de Colombia plasmada en el Proyecto Educativo Institucional (2016, 7), que:

[c]oncibe la educación como un acto de la inteligencia y la libertad de la persona, esto es, un acto moral por excelencia, mediante el cual el ser humano asume con pleno conocimiento, la responsabilidad de su vida y la corresponsabilidad con el entorno como expresiones de su dignidad personal.

Propicia en su comunidad la formación en la virtud de la *studiositas*, para aprender a pensar, fomentar la creatividad y la innovación, así como adquirir conocimientos y destrezas.

La Facultad de Derecho ha propugnado porque, por una parte, sus profesores cumplan con las funciones sustantivas de investigación y de docencia de manera simultánea y, por la otra, se creen lazos académicos con docentes e investigadores de otros países.

A fin de satisfacer los anteriores propósitos, el Área de Derecho de Privado, bajo la dirección de Álvaro Ortiz Monsalve, publicó los libros *Contratos atípicos* y *Derecho privado: abordaje desde algunos de sus principios generales*. Para continuar con esta iniciativa, durante el segundo semestre de 2017 se hizo

¹ Clara Carolina Cardozo Roa y Sandra Milena Daza Coronado, profesoras de tiempo completo del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. cccardozo@ucatolica.edu.co y smdazac@unal.edu.co

la invitación a los profesores de tiempo completo para que escribieran un capítulo acerca de los sujetos de protección del derecho privado. Esta iniciativa fue aceptada por diez profesores: por una parte, tres profesoras españolas de la Universidad de Valencia y, por la otra, siete profesores de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Se advierte que, si bien este libro puede ser leído de manera independiente, se encuentra vinculado a la obra *Derecho privado: abordaje desde algunos de sus principios generales*, en la medida en que la presente producción bibliográfica buscó profundizar en el principio de igualdad jurídica, sus alcances y contenidos frente a determinadas personas y su ampliación a otros sujetos. En el siguiente libro se abordará la responsabilidad civil y cerrará esta colección un tomo dedicado a las propiedades especiales.

La metodología que emplearon los profesores fue la de la dogmática jurídica e hicieron una revisión bibliográfica y jurisprudencial que da como resultado el presente libro. Obra que se inscribe dentro del proyecto Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía, del Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual, en la línea de investigación Derecho privado: constitucionalización del derecho privado nacional, estudios de derecho privado comparado.

Así, los propósitos de esta obra son, por una parte, ofrecer a todo el alumnado, especialmente de pregrado, un material de estudio que facilite la comprensión y dimensión del sujeto de derechos como una categoría que trasciende al concepto tradicional de persona y ver al sujeto en su búsqueda de la igualdad jurídica frente a situaciones vinculadas con la edad, el sexo, el género, la discapacidad, las condiciones económicas, entre otras, en la era de la constitucionalización del derecho. Por otra parte, ofrecer a la comunidad académica estados del arte que faciliten la posterior formulación de proyectos de investigación en la materia.

El tema propuesto es relevante para el entendimiento del derecho privado y las respuestas que este ordenamiento puede ofrecerle a la sociedad de manera colectiva, a cada una de las personas que la integran y a esos nuevos titulares, que carecen del estatus de persona, a los que los ordenamientos jurídicos comienzan a reconocerles derechos. Así, los problemas de investigación transversales son: en la era de la constitucionalización del derecho, ¿cómo ha evolucionado el

concepto de sujeto de derecho para trascender al tradicional de persona? y ¿cómo se ha dado la búsqueda de la igualdad jurídica frente a situaciones vinculadas con la edad, el sexo, el género, la discapacidad, las condiciones económicas, entre otras?

Para resolver las preguntas anteriores, este libro cuenta con una introducción y diez capítulos, agrupados en tres partes como se describe a continuación:

1. Introducción: tiene la finalidad de presentar el tránsito de persona a sujeto del derecho desde una perspectiva constitucional.
2. Primera parte: la protección especial debida a ciertas personas. En esta parte se presentarán las discusiones que ponen de presente la desigualdad en que se encuentran los niños y las niñas, la mujer, las personas transgénero y los consumidores financieros, así como la forma en que los ordenamientos jurídicos de Colombia o España, en ocasiones sin éxito, han intentado darles respuesta.
3. Segunda parte: la capacidad de ejercicio en discusión. Este apartado reúne los capítulos que analizan los problemas que se suscitan frente a la capacidad legal de las personas por razón de la edad o de la situación de discapacidad mental, auditiva o física (en situación de inconsciencia). En estos cuatro capítulos se discutirá el derecho de cada uno de ellos a tomar sus propias decisiones.
4. Tercera parte: los nuevos sujetos de derecho. En los últimos dos capítulos se abordan los problemas jurídicos que plantean aquellos a los que los ordenamientos jurídicos les reconocen derechos pero que no pueden ser subsumidos ni en la categoría de persona natural, ni de persona jurídica. Así, se presentarán la familia y la inteligencia artificial.

Al leer esta obra se espera que el lector concluya que el concepto de persona, que se consideraba decantado por los ordenamientos jurídicos, cuando se confronta con principios como por ejemplo la igualdad genera como consecuencia el (re)descubrimiento de circunstancias que ameritan tratamientos especiales por parte de las normas jurídicas no solo constitucionales, sino también del derecho privado.

Finalmente, las editoras de esta obra agradecen:

- A la Universidad Católica de Colombia; a la Facultad de Derecho; a su decano Germán Silva García y al director del Centro de Investigaciones

Socio Jurídicas (CISJUC) Jairo Becerra Ortiz por toda la colaboración y apoyo prestados para poder sacar adelante esta investigación.

- Al director del Área de Derecho Privado, Álvaro Ortiz Monsalve, nuestro afecto y respeto por conducirnos al cuestionamiento de las instituciones jurídicas que se presentan como inamovibles y por planear y dirigir el proceso de redacción de este libro.
- A las profesoras de la Universidad de Valencia, Ana Marrades, Josefina Alventosa y Raquel Guillén por participar tan generosamente en esta publicación.
- A los profesores de tiempo completo de la Universidad Católica de Colombia por lanzarse a investigar y a escribir acerca de los problemas que hoy se suscitan en torno a la categoría de sujetos.

INTRODUCCIÓN

EL SUJETO DE DERECHOS: ¿INVENCION EN LA CONSTITUCIÓN DEL 1991?

Sandra Milena Daza Coronado¹

Los principios fundantes del Estado colombiano constituyen la pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección de los derechos que le son inalienables a todo ser humano. De estos, el respeto de la dignidad humana trajo consigo la modificación del papel tradicional que tanto el hombre como la mujer venían desempeñando en la sociedad y en la familia, individualizados en cada una de sus edades o etapas de la existencia, niñez, juventud y adultez mayor.

A estas personas, la Constitución les protege determinados bienes jurídicos que les son vitales, como “derechos fundamentales”, los cuales poseen un doble sentido y significación constitutiva en el ordenamiento constitucional, por un lado, ellos mismos son valores supremos, y por el otro posibilitan garantizar su *status libertatis*².

.....
1 Abogada especialista en Derecho de Familia, magíster en Derecho (perfil investigativo) y doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Docencia y Pedagogía Universitaria por la Universidad La Gran Colombia. Docente e investigadora universitaria desde 2003, en distintas universidades como la Universidad Nacional de Colombia, Universidad de San Buenaventura (sede Bogotá), Universidad Católica de Colombia, Universidad La Gran Colombia, entre otras, impartiendo las cátedras de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia; y Sucesiones. Dentro de sus publicaciones se destacan: *Derecho de familia colombiano*; *Mujer, familia y sociedad, hacia un nuevo derecho en Colombia*; *El concepto de patrimonio y su aplicación en España*; *El consentimiento informado y el deber del paciente en España*; *El papel de la mujer en la familia, un desafío constitucional*; *El derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo* y *Lecciones de derecho de familia*; su tesis doctoral: *La mujer como sujeto de especial protección constitucional en la elección a la maternidad subrogada en Colombia*. smdazac@unal.edu.co

2 Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, ed. Joaquín Brage Camazano (Madrid: Dykinson, 2003).

Es así que por la titularidad de los derechos fundamentales que radican en cabeza de toda persona, que se deduce por el solo hecho de existir dentro de un Estado social de derecho, resulta ser “sujeto de derechos” en comunión a todos aquellos que integran un nuevo modelo de sociedad. Es avance de la terminología *individuo-persona-sujeto de derechos*, es el resultado de la superación del individualismo propio del Estado liberal burgués, que bajo interpretación de la jurisprudencia constitucional se explica:

Como resultado de la disminución del valor filosófico del individualismo clásico, del pensamiento liberal contenido en la Declaración de 1789, principalmente por la influencia del pensamiento socialista, en los últimos cincuenta años se usa de manera preferente la expresión “persona” en vez de la de “individuo” para referirse a los titulares de los derechos humanos. No se trata simplemente de un juego de palabras. Esta variación terminológica tiene profundo contenido de filosofía política. Una precisión previa se impone, en el sentido de que desde los orígenes de la consagración de los derechos humanos (finales del siglo XVIII), se mantiene invariable el principio según el cual toda asociación política está organizada para servir al hombre. Esta aseveración requiere una explicación sobre la concepción y trato del hombre-persona en lugar del hombre-individuo, en dos sentidos: el reconocimiento de la filosofía personalista, que rechaza la idea de las relaciones del hombre con la sociedad sobre la base de un antagonismo radical, propio del individualismo de 1789. [...] El segundo sentido muestra, en la óptica de 1789, el reconocimiento al individuo de la imposición al Estado de una actitud de abstención frente al juego de las libertades. En la perspectiva contemporánea, se imponen al poder público acciones positivas, lo que amplía la primacía reconocida al hombre, en la medida en que son mayores las obligaciones impuestas al Estado. De donde se deduce que no es el individuo sino la persona situada en la sociedad, la que resulta sujeto de los nuevos derechos sociales y solidarios³.

Desde una visión clásica y purista del derecho, tales derechos fundamentales son atributos comunes a todo ser humano, se relacionan con su estado civil y a través de una serie de cualidades o atributos de la personalidad física, que sirven para identificar a cada persona en relación con los demás⁴.

3 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela T-485 de 1992.

4 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil, parte general y personas*, 16 ed., vol. I (Bogotá: Temis, 2006).

Más allá de ello y aunado al punto de partida, la cuestión esta, que desde un acercamiento antropológico de su naturaleza o de su propio ser, la persona como unidad dual es el fundamento del derecho y de todo ordenamiento jurídico, basado, por una parte, en el respeto incondicional de la dignidad humana y, por otra, en su exigencia como deber⁵.

El impulso ya de ese deber que trae consigo el principio constitucional del respeto a la dignidad humana permea escenarios que en sus inicios no se contemplaban. Se habla, entonces, de complejidades humanas que trae consigo el paso de los años en los que el sujeto de derechos evoluciona en la misma medida que ejerce la libertad humana, que es a ultranza de la expansión de derechos de privacidad y valores de autonomía, lo que produce en sí la concepción de la condición humana, no solo como sujeto, sino también en su gestión humana frente al comportamiento social, en relación con toda idea de responsabilidad del bien común; tal como la ética del cuidado y la capacidad reproductiva o generadora de vida, que en una línea feminista dirige su atención al lenguaje de los derechos humanos de las mujeres que son usualmente olvidadas en el entendido sujeto de derechos⁶.

Todo lo anterior obedece, según Zarka⁷, a los tres momentos filosóficos e históricos del proceso teórico del cómo se condujo la idea del sujeto de derecho que, derivado del derecho natural, incluye un ser moral lejos del sujeto sobre sí mismo que implica “una obertura del mismo hacia una perspectiva intersubjetiva” y que a continuación se mencionan de manera general sin hacer una explicación exhaustiva ni detallada de estos:

- a. El primero de ellos desde el derecho subjetivo como “la definición propiamente moderna de derecho como cualidad moral”. El derecho es una *qualitis moralis* inherente a la persona, que otorga la facultad de exigir lo merecido como justicia conmutativa pero además una justicia distributiva que depende de la *aptitudo* denominada por Aristóteles como mérito o dignidad. Esta cualidad se sostiene bajo los principios del derecho natural: “abstenerse del bien ajeno o restituirlo”, cumplir la palabra dada,

5 María Lacalle Noriega, *La persona como sujeto del derecho* (Madrid: Dykinson, D. L., 2013).

6 Marta Cartabia, “La edad de los ‘Nuevos Derechos’” *UNED. Revista de Derecho Político* (Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional), 81 (mayo-agosto 2011): 61-100

7 Yves-Charles Zarka, “La invencción del sujeto de derecho”, *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas [CSIC], Instituto de Filosofía), 20 (1999): 31-49.

“reparar los daños causados” y “toda violación” a las “reglas merece castigo por parte de la sociedad humana”. Sin embargo, estos principios no presuponen “el poder sobre sí mismo o sobre el prójimo, la propiedad y la facultad de exigir lo merecido”, pues aun cuando la teoría del derecho y de las convenciones “presupone la identidad de un ser o de una persona que da su palabra u otorga confianza”, es necesario concebir al hombre “como portador de derechos” desde una concepción superior del hombre “como individuo físico”.

- b. Seguidamente, el otro momento se sujeta a la “reflexión acerca del estatuto del ser, al que conviene tal definición de derecho natural”, le viene “el resurgimiento en la modernidad de la noción de ser moral o de persona”, que son dos orientaciones teóricas diferentes. Desde la doctrina de los seres morales, “no se puede hablar de derecho sin plantear al mismo tiempo una obligación”, todo “poder natural de hacer o no una cosa, adquiere el rango de derecho”, porque precisamente el derecho es una cualidad moral con una relación establecida entre una facultad de hacer y una obligación correlativa. Pero para determinar el concepto de identidad de una persona se le debe atribuir como propios pensamientos, actos y la responsabilidad de ellos, esto es, el concepto de identidad personal desde el ámbito moral con determinados aspectos jurídicos, lo que produce “una distinción entre identidad del hombre, identidad de la sustancia, e identidad personal”, esta última supone primeramente la definición del término *persona* como “un ser pensante inteligente dotado de razón, reflexión y conciencia lo que le es esencial para alcanzar la identidad pues a través de esta se funda la responsabilidad de los actos”. Esta comprensión que asocia a la persona como conciencia que en sentido jurídico se apropia de las acciones, así como del mérito que estas conllevan, es lo que forma el concepto de personalidad, pero a pesar de su fundamental alcance moral y jurídico, no constituye la caracterización última del sujeto de derecho.
- c. Y por último la puesta en relación de dos ámbitos en los que se pasa de una cuestión perteneciente al campo gnoseológico “(objetividad del conocimiento) a la intersubjetividad” en el campo jurídico. Esto se produce a partir de las implicaciones que trae consigo el restablecimiento de la identidad personal y moral por la irrupción del prójimo en relación con la

propia conciencia. El amor como fuente que constituye la complacencia en la felicidad del otro interviene en la definición de justicia humana, que por principio tiende a preservar la paz, la equidad o caridad, procurando la utilidad en los demás. Es lo que caracteriza al sujeto de derecho y en su misma razón no solo se abstiene de hacer el mal, sino que también impide que ocurra o “aliviarlo cuando sobrevenga”, en la medida de que le sea posible.

Es por ello que la norma superior matiza esta última caracterización e intersubjetividad jurídica del sujeto de derechos en el marco de los principios fundamentales con finalidad teleológica de “la prevalencia del interés general”⁸. En consonancia con los principios de la persona se analizan como:

- a. El de *la inviolabilidad*, que mira al sujeto libre del utilitarismo o el de ser utilizado como mero medio que proscrib e imponer contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio, justificado por el mismo hecho de que él está involucrado con el discurso moral que determina su identidad personal independientemente de sus intereses con los que se identifica, de tal modo que siendo de igual jerarquía prevalecen los de mayor número de individuos tenga, pues su finalidad es que estén protegidos con el bienestar general;
- b. El de *la autonomía* que integra derechos y libertades de realizar ciertas conductas que no causen perjuicios a terceros, en razón de que todos los hombres deben ser tratados como iguales, además, este principio consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección de su proyecto de vida y, por tanto, el Estado está limitado a interferir en el ejercicio de dicha autonomía; y
- c. El de *la dignidad*, que opuesto al determinismo normativo evoca prácticamente toda la vida humana en sociedad con las condiciones más disímiles y en circunstancias más inusuales, en que los hombres deben ser tratados según sus decisiones.

Estos principios de la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona presuponen dentro de un examen de la intervención en los derechos fundamentales, obligaciones de acreedor y deudor que consisten contraponer en cierta medida

.....
8 Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires: Paidós, 1984).

arquetípica al individuo como titular de tales derechos y al poder público para que intervenga en la garantía de estos como requisito *sine qua non* y justificación constitucional. Con mayor relevancia cuando existe concurrencia de derechos fundamentales en una conducta de un mismo sujeto, como sucede en los ejemplos clásicos constitucionales de la profesión (periodista “libertad de expresión, información”; el médico “libertad y objeción de conciencia”) y la restricción de estos en estado de necesidad, entre otras complejidades que encierra el sujeto de derechos como titular o acreedor y el Estado como su garantista y protector⁹.

El sujeto de derechos es el protagonista del paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho, por lo que necesita de la existencia y eficacia de mecanismos para la defensa del reconocido catálogo de derechos y a través de los cuales logrará que el Estado intervenga y actúe en función de la persona humana, es lo que se considera como el *telos* de toda constitución. La creación de los instrumentos o mecanismos de defensa de estos derechos no es más que el de suministrarle a su titular oponerse ante el ejercicio arbitrario del poder. Mediante la acción de tutela y el control de constitucionalidad, avanza el reconocimiento de lo que implica la persona humana como sujeto de derechos para que estos no se queden en mera enunciación, es en últimas el control para verificar el cumplimiento de los fines del Estado en operación conjunta con su administración. De ahí la loable labor de la Corte Constitucional en la interpretación y aplicación de los derechos atribuidos y reconocidos en la Carta Política, la influencia de su jurisprudencia como disposiciones obligatorias, adecua el ordenamiento jurídico para asegurar una eficaz protección de esos derechos y de todo atropello del que pueda ser víctima su titular¹⁰.

Es así como se identifica la Constitución Política de 1991 dentro del marco del nuevo constitucionalismo, que nace con clara voluntad emancipadora y naturaleza normativa, que inicia procesos de transformación, que constituyen una correlación entre constitucionalismo democrático y avance social al tener como fin la mejora de las condiciones de vida de sus habitantes, esto es, de contribuir a la mejora de las condiciones de bienestar de los sujetos de derechos en general, como elemento de integración social fundante en la dignidad de la persona. Esto

9 Joaquín Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales* (Madrid: Dykinson, 2004).

10 Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad* (Bogotá: Ibáñez, 2004).

conllea a la disminución de la carga discriminatoria sobre minorías que han sido históricamente marginadas: como los pueblos indígenas que son reconocidos como sujetos colectivos participantes del pueblo, y el cambio paradigmático con el desarrollo jurisprudencial en el reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos (p. ej. el río Atrato)¹¹.

Nuevas situaciones, debates y tensiones produce el alcance del sujeto de derechos caracterizado en el ámbito jurídico con respecto a su propios derechos que le han sido conferidos y en armonía a los principios fundamentales en los que se basa la prevalencia del interés general; el desarrollo de la jurisprudencia constitucional reconoce derechos que van no solo de los que le son propios a la persona, sino también los que se empiezan a imponer junto con los de la naturaleza; como es el caso del feto y la IVE que sigue siendo un territorio de disputas y tensiones políticas, dejando en claro que la existencia legal de la persona principia al nacer y esto no contraría el deber de protección de la vida desde la concepción (Sentencia C-355 de 2006); el reconocimiento al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas (Sentencia T-622 de 2016); al igual que la salvaguardia a los elementos de la naturaleza como sujetos de derechos individualizables al tratarse de seres vivos, lo que constituye un imperativo para el Estado y la comunidad (sentencias C-666 de 2010, C-889 de 2012 y C-041 de 2017), entre otros.

A partir del pronunciamiento de la Corte Interamericana en la que considera que el feto no es persona y por ende no es sujeto de derechos, la Corte Constitucional ha manifestado que si bien es cierto que la existencia de las personas principia al nacer no quiere decir con ello que el que está por nacer no sea protegido, puesto que uno de los derechos fundamentales que establece y protege la Constitución es el de “la vida” y este no solamente se predica de la persona sino también del *nasciturus*, pero con una protección jurídica distinta:

La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las

11 Rubén Martínez Dalmau, “¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?”, *Cultura Latinoamericana* (Universidad Católica de Colombia) 28, n.º 2 (2018): 138-164.

legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres¹².

Este ejercicio de ponderación realizado por la Corte mantiene el equilibrio de la interpretación de las distintas disposiciones internacionales según el bloque de constitucionalidad, como por ejemplo, aunque la convención de los derechos del niño no protege al *nasciturus* por no ostentar calidad de persona humana, no quiere decir con ello que su interpretación sea literal, por el contrario crea la necesidad de ponderar la vida en estado de gestación con los otros derechos y principios contemplados en una Constitución que aprecia la importancia constitucional del titular de tales derechos, siempre bajo la potestad e imperio que limita el respeto de la dignidad humana.

El reconocimiento al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, implica obligaciones en el marco de los principios de solidaridad y prevalencia del interés general que teleológicamente se relacionan con los principios de prevención y protección del medio ambiente dirigidos a evitar o minimizar los daños ambientales que repercuten al igual en la salud de las personas que desde una hermenéutica jurídica de gran importancia se determina el alcance de los derechos bioculturales en conexión con todo lo que encierra distintas formas de vida en la naturaleza¹³. Del estudio de dicha jurisprudencia se pueden considerar dentro del marco hermenéutico de este sujeto de derechos los siguientes lineamientos:

- a. La relevancia constitucional de proteger los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad obedece a la obligación fundamental del Estado y de la sociedad de velar por el cuidado de las riquezas naturales orientado a la relación del ser humano y su entorno vital en garantía de un modelo sostenible de desarrollo, además porque

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-355 de 2006.

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela T-622 de 2016.

“Colombia ha sido reconocida por la comunidad internacional como un país ‘megabiodiverso’, al constituir fuente de riquezas naturales invaluable en el planeta, que amerita una protección especial bajo una responsabilidad universal”¹⁴.

- b. La defensa del medio ambiente sano constituye un objetivo fundamental del Estado, que reviste una triple dimensión: un principio que irradia todo el orden jurídico como protección requerida a todas las riquezas naturales de la nación; un derecho constitucional fundamental y colectivo exigible por todas las personas; y una obligación en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares.
- c. La armonía constitucional entre la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, en defensa del medio ambiente y de la biodiversidad en beneficio de las generaciones presentes y futuras, consagra una serie de principios y medidas que establecen la evolución del interés superior de la naturaleza en el ordenamiento jurídico, desde tres aproximaciones teóricas:
 - 1. Desde un punto de vista antropocéntrico se concibe que, en la medida de la importancia de la supervivencia del ser humano, se debe proteger el medio ambiente “aun cuando admite la posibilidad de la explotación controlada de recursos naturales para promover el desarrollo estatal”¹⁵, la naturaleza no es sujeto de derechos.
 - 2. Desde un enfoque biocéntrico es una visión reivindicadora que busca una responsabilidad solidaria y humana como deber del hombre con la naturaleza que es considerada patrimonio ambiental de todo un país y de las generaciones venideras.
 - 3. Desde una postura ecocéntrica, la naturaleza no le pertenece al hombre, es este el que hace parte de la tierra como cualquier otra especie dentro de la cadena evolutiva y biodiversidad del planeta, y en consecuencia resulta ser un sujeto de derechos, por cuanto “la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que,

.....
14 Ibidem.

15 Ibidem.

como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza”¹⁶.

- d. Otros elementos complementan la relación de la naturaleza y la persona, como: múltiples modos de vida en diversos ecosistemas y territorios; diversidad de culturas, prácticas, creencias y lenguajes; biodiversidad atribuida a diferentes culturas ancestrales; significados espirituales y culturales de los pueblos indígenas como diversidad biocultural; y una jurisprudencia que preserve la bioculturalidad.

Una interpretación de la Constitución de 1991 en la salvaguardia a los elementos de la naturaleza como sujetos de derechos individualizables al tratarse de seres vivos, constituye un imperativo para el Estado y la comunidad, el legislador puede llegar a prohibir las manifestaciones culturales que implican maltrato animal por cumplimiento al deber de protección y consideración al bienestar animal. Puede incluso considerarse un problema de ética: que no se puede atentar contra ningún ser vivo y que trasciende siempre a la cultura y a la costumbre; que la sociedad debe ser consciente de ello y las personas tienen deberes morales y solidarios hacia los animales por lo que están obligados a proveerles un comportamiento digno para la preservación del medio ambiente¹⁷. De la evolución de la jurisprudencia constitucional se dispone nuevos estudios y mayores saberes que impone avanzar y transformar tradiciones que socavan intereses vitales de toda la sociedad democrática:

- a. Que la cultura como manifestación e interacción del individuo no tiene una supremacía absoluta constitucional y por ende pueden ser imitadas o incluso suprimidas si sus actividades llegaran a contrariar valores axiales de la Constitución como el deber moral y solidario de cuidado a los animales.
- b. Los intereses de orden constitucional e internacional en búsqueda de la efectividad de los derechos y protección del medio ambiente y su entorno permiten favorecer el reconocimiento de ciertos derechos a los animales y su prohibición de tratos crueles o por diversión.

.....
¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-666 de 2010, C-889 de 2012 y C-041 de 2017.

- c. La Constitución inclusive debe ajustarse y estar en consonancia con los diversos cambios y realidades que emergen del seno de la sociedad. Como es el caso de la Constitución hermana de Ecuador en su artículo 71 establece que la naturaleza o Pachamama tiene derecho al respeto integral, fundamentado en el principio de progresividad que hace el llamado al cambio de normas a medida de la transformación de las relaciones sociales; en la imposición de límites a las actividades del ser humano como nuevo modelo de desarrollo, y la adopción de enfoques exocéntricos.
- d. El mundo contemporáneo reconoce derechos fundamentales a los ecosistemas y comunidades naturales soportado en dos pilares fundantes: uno, el reconocimiento de que todos los seres vivos tienden hacia la satisfacción de necesidades básicas y el desarrollo de capacidades esenciales; y el otro, los límites naturales impuestos por los ecosistemas en armonía con el anterior. Estos dos pilares obedecen a seis principios: precaución; solidaridad entre generaciones, poblaciones y especies; participación mediante mecanismos de decisión; autoconcentración; biomímesis y ecoeficiencia.

Para concluir, con base en la razón y fin de la Constitución de 1991 que tiene como objetivo la persona humana apoyándose en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y de todos los que se han mencionado, influyen en el avance que se ha tenido de la idea de persona en el modelo social y que por su sola existencia es sujeto de derechos, considerando finalmente que:

1. El pensamiento socialista influyó en la manera de concebir al titular de derechos como “persona” y no como “individuo”; esta idea se remonta básicamente a dos razones filosóficas en los orígenes de la consagración de los derechos humanos; una obedece al individualismo clásico y radical propio de 1789 y la otra al reconocimiento del hombre que reclama del Estado derechos y libertades como persona; pero con mayor ahínco en la contemporaneidad donde la primacía de su comportamiento dentro de una sociedad implica una relación entre

- el “sujeto” de nuevos derechos sociales y solidarios y el valor del Estado como obligado en correspondencia con estos.
2. El reconocimiento del sujeto de derechos radica no solamente en la primacía de sus derechos que presupone toda una normatividad con titularidad de derechos asistenciales, sino además el repudio de ideologías que lo reduzcan a simple condición de cosa y no desarrollen favorablemente sus tributos que le son congénitos, que preceden al mismo ordenamiento y se preceptúa en la norma superior como es el contenido en el artículo 14 y siguientes.
 3. La idoneidad para ser titular de derechos conlleva su ejercicio a toda persona miembro de una sociedad megadiversa, en razón al principio de igualdad y capacidad jurídica, e inmune a lo que una vez imperó en la sociedad esclavizadora a través de regímenes totalitarios, avanza y reivindica sujetos que en su momento fueron marginalizados como la mujer y la descendencia ilegítima.
 4. El reconocimiento y protección de los derechos se deben extender en la mayor plenitud de su dignidad y no circunscribirse a la mera identificación como persona, esto es, considerarla además en la identidad cultural y en el ambiente social en el que se desenvuelve y actúa como tal, se logra a través de múltiples actos en los que obra con respeto recíproco por la libertad de los demás, trascendiendo del plano individual al social.
 5. La Constitución reconoce a toda persona en su titularidad de derechos que le son propios como el de la libertad, la igualdad, la dignidad y además atributos que le son esencialísimos en su actuar dentro de la sociedad, puesto que con ellos implica tener aptitud para adquirir derechos y obligaciones que le son inherentes y de los cuales no puede ser despojado.
 6. El Estado social de derecho, al preconizar a la persona como sujeto de derechos, constituye una garantía más que individual, como realidad sustantiva por la estrecha relación con los principios en los que se encuentra fundado, como es el respeto de la dignidad humana y los

derechos fundamentales otorgados a ella como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

7. Amparar derechos fundamentales ante el desconocimiento de normas constitucionales y legales, o ausencia de estas, es precisamente el reto que trae consigo la competencia de la jurisprudencia constitucional estableciendo garantías constitucionales que le sean inseparables de la persona y emanen de esta en relación con los vínculos éticos, biológicos o jurídicos con otros sujetos, sean personas, animales o naturaleza.

La invención que trae consigo el sujeto de derechos, que en buena medida se introdujo en los valores y principios con los que se promulga la Constitución del 91, ha sido adoptado y desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional como una realidad sustantiva que requiere por parte del Estado acciones positivas en las que no solamente se circunscribe a su reconocimiento, garantía y protección, sino además por su radio de acción en la convivencia con otros seres que al igual que este se postulan hacia un avance más considerable de su aceptación en el mundo en el que vivimos: “cualquier unidad que sea esencial en la vida y valga para la existencia de los seres humanos es susceptible de ser titular de derechos”.

Referencias

- Brage Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Cartabia, Marta. “La edad de los ‘nuevos derechos’”. *UNED. Revista de Derecho Político* n.º 81 (mayo-agosto 2011): 61-100.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela T-485 de 1992, T-622 de 2016; Sentencias de Constitucionalidad C-355 de 2006, C-666 de 2010, C-889 de 2012 y C-041 de 2017.
- Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, traducido por Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- Lacalle Noriega, María. *La persona como sujeto del derecho*. Madrid: Dykinson, D. L., 2013.
- Martínez Dalmau, Rubén. “¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?”. *Cultura Latinoamericana* 28, n.º 2 (2018): 138-164.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós, 1984.

Tobo Rodríguez, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad*. Bogotá: Ibáñez, 2004.

Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil, parte general y personas*, 16 ed., vol. I. Bogotá: Temis, 2006.

Zarka, Yves-Charles. “La invención del sujeto de derecho”. *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas [CSIC]. Instituto de Filosofía), n.º 20 (1999): 31-49.

PRIMERA PARTE
LA PROTECCIÓN ESPECIAL DEBIDA
A CIERTAS PERSONAS



LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES

Rosa Elizabeth Guío Camargo¹

*El reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de las
Constituciones democráticas modernas.*

Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*

Introducción

Tal y como lo pone de presente el profesor Norberto Bobbio², la ampliación de los derechos del hombre ha dado paso a una consideración más concreta, en función de las especificidades y necesidades de grupos e individuos concretos, considerando sus fases de vida, estados y situaciones específicas: niños, niñas, adolescentes, personas en situación de discapacidad, entre otros. Es entonces, como lo señalan tanto la doctrina internacional como la nacional³, un proceso

.....
1 Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en derecho, candidata al Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente en comisión de estudios de la Universidad Católica de Colombia. reguio@ucatolica.edu.co

2 Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid: Sistema, 1991), 15-39.

3 Isabel Fanlo, "Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate", *Justicia y Derechos del Niño* 9 (2007): 159. <http://unicef.cl/web/justicia-y-derechos-del-nino-n-9-septiembre-2007/>; Oscar Alexis Agudelo Giraldo y Jorge Enrique León Molina, "La hipocresía en torno a los derechos humanos", en *Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana*, Óscar Agudelo Giraldo et al. (Bogotá: Universidad Católica de Colombia), 9-11.

que comenzó con la adopción y discusión de diferentes tratados internacionales, a partir de la segunda mitad del siglo xx.

Esta concreción e individualización de derechos se predica de los niños y por ello el sistema jurídico colombiano menciona en varias normas la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, pero ¿cuál es el origen, significado y alcance de este principio-derecho en el ordenamiento jurídico colombiano?, es la pregunta que se pretende responder en el siguiente capítulo. Para ello, se trabajará primero con los antecedentes de la llamada *doctrina de la protección integral* en el sistema jurídico colombiano, su concepto, características, la relación con las políticas públicas para la infancia y la adolescencia, algunas visiones críticas de esta protección integral y la concepción que se tiene de este en la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La protección integral como paradigma de concepción de la infancia

La *doctrina de la protección integral* surge como reacción a la llamada *doctrina de la situación irregular*, en la cual el niño era tratado como un objeto de protección. Como lo presenta Freeman⁴:

Los niños se convierten en víctimas. En buena medida, esto está siendo reconocido por la Convención de Naciones Unidas. No se les han otorgado ni dignidad ni respeto. Han sido cosificados, tratados como objetos de intervención en lugar de como sujetos de derecho, etiquetados como “un problema de población”, reducidos a ser vistos como propiedad. Completan a una familia tal como los tradicionales bienes de consumo amueblan una casa.

En la *doctrina de la situación irregular*, como lo señala un sector de la doctrina⁵:

los niños tienden a ser representados como objetos de lástima, de piedad y de control. La otra cara de sus vidas se invisibiliza, aquella de sus sueños, de sus potencialidades, de sus capacidades, de esta manera no vemos la posibilidad de que sean protagonistas. Se observa la presencia de un imaginario asistencialista y proteccionista,

4 Michael Freeman, “Tomando más en serio los derechos de los niños”, en *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, comp. por Isabel Fanlo (Ciudad de México: Distribuciones Fontanara, 2004), 147-148.

5 Teresita de Lourdes Bernal Romero, Jorge Mario Jaramillo Pérez, Liliana Mendoza Ramos, María Angélica Pérez Serna y Ana María Suárez Reyes, “Significados de la infancia en el marco de la globalización”. *Hallazgos*, 6, n.º 12 (2009): 162. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=413835200007>

imaginarios que impiden que los estudiantes se comprometan con el desarrollo del conocimiento.

Posteriormente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) se estructuró sobre la base de la *doctrina de la protección integral*, cuya principal característica es la concepción de que todos los niños, niñas y adolescentes, sin distinción alguna, son sujetos de derecho⁶, titulares activos y universales de todos los derechos, además de que reconoce la necesaria interdependencia de todos los instrumentos de derechos humanos para asegurar y garantizar la efectividad y vigencia de los derechos de los niños⁷. También reconoce que la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes tiene como base la consideración del interés superior del niño⁸.

Este paradigma de la protección integral, en opinión de Bácares⁹, tiene fundamento en el artículo 4 de la CDN, norma que dispone:

Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

También se puede señalar que la doctrina de la protección integral se fundamenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y concretamente en su artículo 25, que dispone:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo

6 Cecilia Anikama, Comisión Andina de Juristas, *Análisis jurídico de la protección de los derechos del niño* (Lima: Save the Children, 2003), 127; Rosana Maneiro, "Un recorrido por el signifiante infancia", *Perspectivas en Psicología: Revista de Psicología y Ciencias Afines* 8, n.º 2 (2011): 99, <http://www.redalyc.org/pdf/4835/483549017014.pdf>

7 Alejandro Morlachetti, "La Convención sobre los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos", en *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, coord. por Jane Felipe Beltrão, José Claudio Monteiro de Brito Filho, Itziar Gómez, Emilio Pajares, Felipe Paredes y Yadira Zúñiga (Barcelona: Manual Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014), 22-24.

8 Flor de María Chunga Chávez, *Derechos del niño y el adolescente* (Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2016), 27-28; Eraldo Alvez Barboza, "Exploração sexual da criança e do adolescente como trabalho escravo", *Novum Jus* 9, n.º 1 (2015): 11-28.

9 Camilo Bácares Jara, "Una lectura hermenéutica a la Convención de los Derechos del Niño" (tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2012), 93. <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/2132>

derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social¹⁰.

Sobre esta norma se puede afirmar que transforma las relaciones no solo entre los particulares y el Estado, sino también entre particulares y es, de acuerdo con Blanc Altemir¹¹, indispensable para asegurar la dignidad de la persona humana y su libre reconocimiento de la personalidad.

Como lo señala Chacón¹²:

La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del derecho de los niños como una nueva rama jurídica, basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a este tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental: siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño.

En la doctrina de la protección integral cambia la relación que la triada familia-sociedad-Estado tiene con los niños, las niñas y los adolescentes, pues se pasa

10 Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, art. 25.

11 Antonio Blanc Altemir, "Artículo 25", en *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, coord. por Xavier Pons Rafols (Barcelona: Icaria, 1998), 409-410.

12 Alfonso Manuel Chacón Mata, "Protección de los niños según el derecho internacional humanitario. Un breve recuento desde los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* VII (2007): 85, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/196>

de una concepción tutelar de la infancia de corte asistencial y autoritario, a una relación dialógica con los niños.

Es, como lo presenta Cillero¹³

una propuesta jurídica fundada en el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derecho; un análisis crítico de la historia y los resultados concretos de los “sistemas de protección” de la infancia, y una adscripción al garantismo como un mecanismo de sustitución del principio de “tutela o tuitivo” que organizaba al derecho de menores.

De la evolución de un paradigma al otro, en el sistema jurídico colombiano, se ocupan las siguientes líneas. Así, aunque pueda parecer exótico, el hecho de tomar al año de 1886 como punto de partida para analizar el desarrollo de la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes colombianos puede aportarnos luces para entender las transformaciones frente a su concepción. En efecto, y tal y como aparece ampliamente detallado y documentado en Valencia Zea y Ortiz Monsalve¹⁴, aunque la Constitución Nacional de 1886 no hizo referencia directa a la infancia, ella sí permitió la adopción como normas nacionales de algunos de los códigos que hasta el momento regían en los Estados que luego conformaron a Colombia, razón por la cual es válido hacer la descripción de dichas relaciones a partir de este momento. Así, la Ley 57 de 1887 adoptó como legislación nacional varios códigos, y entre ellos el Civil de la nación sancionado el 26 de mayo de 1873, en esta norma las relaciones jurídicas de los hijos de familia —esto es, los sometidos a la patria potestad—, respondían a un esquema similar al trazado por el derecho romano: el hijo de familia, sometido a la patria potestad inicial y principalmente ostentada por el padre, debía a este un obediencia irrestricto; el padre, a su turno, estaba dotado por el ordenamiento jurídico de amplios poderes sancionatorios sobre sus hijos, llegando incluso a estar facultado para pedir que su hijo fuera encerrado en la cárcel.

Sin embargo, en la categoría de *hijos de familia* solo quedaba resuelta la situación jurídica de una parte de los hijos: los matrimoniales, en aquel momento

13 Miguel Cillero Bruñol, “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal”, *Justicia y Derechos del Niño* 3 (2001): 67, http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Bibliografia_Sist._Justicia_Juvenil_Mod_3/pdf/Distintas%20lecturas.pdf

14 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil*, tomo I, *Parte general y personas* (Bogotá: Temis, 2016), 69-124.

denominados hijos legítimos. Pero la realidad social desbordaba las previsiones del derecho, pues no eran pocos los casos de hijos concebidos y/o nacidos fuera del matrimonio de sus padres, sin matrimonio de los padres o concebidos con persona distinta de la pareja. Estos hijos, denominados por la ley como espurios, adulterinos y/o de dañado y punible ayuntamiento no tuvieron, en principio, ningún tipo de reconocimiento o protección por parte del sistema jurídico y, cuando se los comenzó a considerar como destinatarios de normas por el derecho colombiano, fue con el objeto de reconocerles inequitativamente algunos derechos de los que sí gozaban los hijos habidos en matrimonio —alimentos, acción de reclamación de herencia, derechos herenciales, entre otros—, o bien, para sancionar sus conductas como, por ejemplo, permanecer en la calle. Es entonces cuando al lado de los hijos de familia se introduce en el sistema jurídico colombiano la categoría de los *menores*, quienes en ausencia o falencia de la patria potestad ejercida por el padre y, subsidiariamente por la madre, se convertían en sujetos-objeto del poder punitivo estatal.

A partir de la descripción anterior se pueden inferir dos grandes esquemas jurídicos para la regulación de las relaciones jurídicas de los niños en vigencia de la Constitución Nacional de 1886, cuyo común denominador era la verticalidad: por un lado, se encuentran los *hijos de familia*, sometidos a la autoridad impuesta por el padre y respaldada por el Estado a través de normas de orden público dentro del esquema de las relaciones del derecho civil; mientras que en el otro extremo se encuentran los *menores*, para quienes las funciones de patria potestad no existieron, o si existieron fallaron en su propósito orientador y educador. Estos últimos fueron sometidos al poder estatal ejercido por funcionarios públicos a través de normas de represión y control penal.

Como consecuencia de esta dualidad, el derecho de menores en Colombia —hoy derecho de la infancia y la adolescencia—, se estudió por un gran sector de la doctrina y durante mucho tiempo, como un capítulo más del derecho de familia y, por lo tanto, de acuerdo con su lógica: relaciones paternas, parentales y legales que, dentro de un esquema vertical de autoridad similar al del *pater familias* romano y en el marco principalmente privado de la institución familiar, marcaron el camino de los hijos de familia y de los menores, sin que estos tuvieran alguna posibilidad de opinar sobre los asuntos en los cuales estaban involucrados. Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991,

la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la relación —en el marco del bloque de constitucionalidad—, entre la primera y el segundo, varió la concepción del rol de la familia¹⁵ y del Estado en relación con los niños para dar paso a relaciones paternas, parentales y legales orientadas hacia la protección integral de estos últimos, quienes son titulares activos de sus derechos y deben ser escuchados —en función de su edad y desarrollo—, en los asuntos que les conciernen¹⁶.

Se puede señalar, con Alzate¹⁷, que las características de la doctrina de la protección integral son las siguientes

- a. Sin ignorar la existencia de profundas diferencias sociales, las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no solo para aquellos en circunstancias particularmente difíciles.
- b. Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica. En las legislaciones más avanzadas de este tipo, no solo se prevé la presencia obligatoria de abogado, sino que además se otorga una función importantísima de control y contrapeso al Ministerio Público.
- c. Se desvinculan las situaciones de mayor riesgo, de patologías de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas. No es más el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsable por la acción u omisión.
- d. Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la ley. En el tratamiento de casos de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia.
- e. Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión-debidamente comprobada de delitos o contravenciones.

15 Sandra Milena Daza Coronado, *Derecho de familia. Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 55-57.

16 Rosa Elizabeth Guío Camargo, “La protección jurídica para los niños en el conflicto armado colombiano: De la Declaración de Ginebra al Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. Estándares internacionales para tener en cuenta en el proceso de paz colombiano”, en *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia*, ed. por Tania Vivas Barrera, 105-126 (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016); Rosa Elizabeth Guío Camargo, “Mandatos de protección del Estado colombiano a los niños como respuesta a su responsabilidad en tiempos de conflicto y posconflicto”, en *Responsabilidad internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto armado y en etapas de posconflicto*, ed. por Jaime Cubides Cárdenas y Tania Vivas Barrera (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018), 101-130.

17 María Victoria Alzate Piedrahita, *La infancia. Concepciones y perspectivas* (Pereira: Papiro, 2003), 190-191.

- f. Consideración de la infancia como sujeto pleno de derechos.
- g. Incorporación explícita de los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del derecho contenidos en la Convención Internacional.
- h. Tendencia creciente a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose explícitamente que la “internación” o la “ubicación institucional” (solo para dar dos ejemplos) según consta en las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, constituye una verdadera y formal privación de libertad.

En opinión de Morlachetti,

el concepto de protección integral implica el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que se pueden ejecutar desde el Estado o combinado entre las organizaciones del Estado y de la sociedad civil, para garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes gocen de manera efectiva y sin discriminación de sus derechos humanos, al tiempo que atienda en forma focalizada las situaciones especiales en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes individualmente considerados o determinado sector de la infancia que ha sido vulnerada en sus derechos¹⁸.

El siguiente cuadro comparativo expresa los principales cambios entre la doctrina de la protección integral y la doctrina de la situación irregular:

En la concepción actual los principios del derecho de infancia y adolescencia están estrechamente relacionados, de suerte que la protección integral se fundamenta en el interés superior del niño, el cual, a su vez significa que todas las medidas, acciones o políticas relacionadas con los niños de cualquier edad, deben tener en cuenta qué es lo mejor para su formación, pues su protección y su desarrollo son una consideración esencial¹⁹. De esta suerte, la protección integral no es un derecho aisladamente considerado, es, más bien, la referencia genérica y el norte al que deben apuntar todos los derechos de los niños, y en especial, según Ávila “el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la tutela efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a protección especial de las víctimas de violaciones a derechos, la imprescriptibilidad de los delitos considerados a nivel

18 Alejandro Morlachetti, *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe* (Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal, Unicef, 2013), 85, http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/S2012958_es.pdf?sequence=1

19 Anikama, *Análisis...*, 17.

Tabla 1. Comparativo de las legislaciones inspiradas en la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral

Ítem	Legislación inspirada en la doctrina de la situación irregular	Legislación inspirada en la doctrina de la protección integral
Población	Infancia segregada. Hay dos categorías: Hijos de familia: niños y adolescentes sometidos a las reglas del Código Civil. Menores: sometidos al Código del Menor y otras normas enfocadas a la represión.	Infancia universal. Es un instrumento jurídico para toda la categoría infancia.
Rol del niño	Objeto de protección.	Sujeto pleno y progresivamente autónomo de derechos.
Rol judicial	Poder judicial discrecional y omnímodo. Centraliza el poder de decisión en el juez de menores, quien toma todas las decisiones sobre los menores.	Poder judicial limitado. El juez resuelve solo conflictos en derecho.
Concepción de los problemas de la infancia	Los problemas de la infancia son judicializados y patologizados.	Los problemas de la infancia son omisiones de política social.
Finalidad de la internación	Atender la falta o carencia de recursos materiales de los menores.	Es un recurso de ultima ratio, vinculado al cumplimiento del debido proceso.
El niño en el sistema punitivo	Negación del debido proceso y de los principios constitucionales	Incorporación de los principios constitucionales y de la CDN en la protección de los derechos de los niños.

Fuente: elaboración propia con base en los textos de Beloff (1999, 2005 y 2009) y García Méndez (1998 y 1999)

internacional como graves e imperdonables [...], la protección especial a personas víctimas de violencia familiar, crímenes de odio, delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, adultas mayores, y finalmente, el derecho a la seguridad jurídica”²⁰.

20 Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional [Cedec], 2011), 108.

La protección integral en las normas y en las políticas públicas

El Código de la Infancia y la Adolescencia define la protección integral así:

Artículo 7. Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos²¹.

En el año 2004, en desarrollo de esta protección integral, antes de que fuera jurídicamente vinculante la definición transcrita, pero ya en vigencia de la CDN, el Estado colombiano, a través de la Procuraduría General de la Nación y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) comenzó a trabajar en la estrategia *hechos y derechos* para que, a través de la articulación de lo regional con lo poblacional, se dieran respuestas institucionales —políticas públicas—, para atender, disminuir y/o eliminar las falencias en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes²².

La protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes está estrechamente relacionada con su reconocimiento como sujetos activos titulares de derechos, de suerte que desarrollar este principio-derecho, es propender porque ellos exploren y desarrollen todas sus capacidades. Tal y como lo señala Bined²³:

una educación no resulta legítima a no ser que esté inspirada por el interés del niño, a no ser que el niño la aproveche y, por consecuencia, para saberlo es preciso transportarse al alma del niño, imaginar lo que piensa y lo que siente.

21 Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 de 2006, art. 7.

22 Martha Isabel Ariza López, "La estrategia Hechos y derechos", en *Monitoreo de derechos de la niñez y la adolescencia: reflexiones sobre lo aprendido*, ed. por Ernesto Durán Strauch y Elizabeth Valoyes Bejarano (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Observatorio sobre Infancia; Organización de Estados Americanos. Instituto Iberoamericano de Primera Infancia y Derechos de la Niñez, 2010), 13-15.

23 Alfred Bined, *Las ideas modernas acerca de los niños* (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999), 189.

Dos connotaciones tiene la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes: en un primer momento se la concibe como la *obligación* de la familia, la sociedad y el Estado de darles un tratamiento particular, que respete tanto el ejercicio de sus derechos y que los prepare para su futuro como adultos miembros de una sociedad. No obstante, en algunos contextos, tales obligaciones no son suficientes para lograr la garantía y el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, razón por la cual se hace necesario que se tomen medidas o *acciones afirmativas* para restablecer los derechos a las condiciones necesarias para garantizar su adecuado desarrollo y ejercicio.

Autores como Bonilla, Torrado, Durán, Barrios, Navarro, Quiroga y Cano²⁴ presentan algunas de las situaciones en las cuales es necesario realizar acciones afirmativas en favor de los niños, las niñas y los adolescentes. Estas acciones deben realizarse, entre otros, en contextos de:

- *Maltrato infantil*, el que ocurre cuando el niño, la niña o el adolescente es puesto en una situación psicológica muy difícil por parte de un adulto con quien tiene vínculos afectivos muy fuertes. El maltrato infantil incluye maltrato físico, maltrato emocional o psicológico, abuso sexual, negligencia y maltrato institucional.
- *Niños, niñas y jóvenes habitantes de la calle*, quienes abandonan su grupo familiar en muchos casos por situaciones de maltrato, y una vez en la calle se dedican a mendicidad, trabajo informal o comisión de delitos como el hurto, exponiéndose así a diversos riesgos.
- *Explotación sexual*²⁵, que comprende aquellas situaciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes son sometidos al abuso sexual por un adulto, y producto de este abuso se entrega una remuneración en efectivo o especie a un niño o a una persona o terceras personas.
- *Explotación laboral*, que ocurre cuando los niños, niñas y adolescentes son explotados económicamente, o desempeñan cualquier trabajo en el

24 Ricardo Bonilla González *et al.*, *Situación actual y prospectiva de la niñez y la juventud en Colombia* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004), 62-81. http://207.58.191.15:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/119/doc_siju.pdf?sequen%22%3E%3C/a%3E

25 Jacob Sauer, "A presunção de violência nos delitos sexuais com vítimas menores de idade", *Novum Jus* 12, n.º 2 (2014), 85-110; Álvez, *Exploração sexual...*, 128-130.

que se entorpece o pone en riesgo su educación, es nocivo para su salud o para su desarrollo físico, espiritual, moral o social.

- *Consumo de sustancias psicoactivas*, que en muchos casos están relacionadas con la búsqueda de identidad y/o la aceptación por parte de un grupo de pares. También debe tenerse en cuenta que en este grupo quedan también incluidos no solo el uso de sustancias ilícitas que generan adicción, sino también el de sustancias que cuentan con aceptación social y tienen también carácter adictivo, tal y como ocurre con el alcohol y el tabaco.
- *Niños víctimas del conflicto armado*²⁶, que comprende niños sometidos a desplazamiento forzado, reclutados ilícitamente²⁷ y también aquellos que han sufrido la afectación por la pérdida de un familiar —lo que conlleva la pérdida de la patria potestad si este familiar era su padre o madre—²⁸, o que han perdido la funcionalidad o sufrido la mutilación de una parte de su cuerpo como consecuencia de, por ejemplo, minas antipersonales²⁹.

Para Castro y Hernández³⁰, la protección integral concibe al niño como una dualidad, pues por un lado, se lo considera un sujeto autónomo titular de derechos, y por otro lado, es un sujeto de especial protección que, a las luces del derecho penal, es inimputable. Señalan estos autores que

la protección especial hacia los niños se mantiene en la Convención en cuanto establece una atención preferente debido a sus condiciones de inferioridad y falta de

26 Guío, *La protección...*, 122-124; Guío, *Mandatos...*, 128-130.

27 Carolina Rodríguez Bejarano, Carolina Chacón Triana y Jaime Cubides Cárdenas, "Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia: marcos de protección en el derecho internacional de los derechos humanos", en *Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano*, ed. por Jaime Cubides Cárdenas (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 31-33.

28 Clara Carolina Cardozo Roa, "Más allá de la propiedad privada: el derecho civil como instrumento de protección de las víctimas en el conflicto armado colombiano", en *La voz de las víctimas: reto para la academia ante el posconflicto*, ed. por Beatriz Londoño Toro y Laly Catalina Peralta González (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018), 304.

29 Olenka Woolcott Oyague, Tania Giovanna Vivas Barrera y Tary Cuyana Garzón Landínez, *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente* (Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017), 35-44.

30 Mario Andrés Castro Gutiérrez y Juanita Hernández Vidal, *Los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia como sistema constitucional* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 65-67.

madurez mental y física que les impide actuar en igualdad de condiciones con los adultos.

Elementos e implicaciones de la protección integral

La protección integral, para algunos, no es un paradigma en sí mismo considerado, sino que se trata de un instrumento para la realización del paradigma, ya que este lo constituyen los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes³¹. Por lo tanto, la protección integral es un entramado de garantías jurídicas para los niños³² que se estructura sobre cuatro bases, a saber³³:

- El niño es objeto de protección por su condición de menor de edad.
- El niño es sujeto de todos los derechos humanos fundamentales, inherentes a la persona humana.
- El niño tiene derecho al desarrollo integral, esto es, a la suma de su desarrollo físico, mental, moral, social y espiritual.
- El niño tiene derecho a estar con su familia y, a su vez, esta, junto con la sociedad y el Estado son corresponsables de la protección de sus derechos.

Desde la protección integral es necesario reconocer la especificidad de cada niño, no solo en su edad —primera infancia, niñez y adolescencia—, sino también la forma en la cual interactúa con el medio en el que se desenvuelve³⁴. De esta suerte, aunque la pretensión de la protección integral sea universal, en el sentido de que debe abarcar a todos los niños, dicho principio implica pensar en potenciar las habilidades de los niños en el contexto local en donde ellos están ubicados, a través de políticas específicas para su edad y contexto socio-cultural. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su

31 Ligia Galvis Ortiz, *Las niñas, los niños y los adolescentes titulares activos de derechos. Mirada a Latinoamérica*. (Bogotá: Ediciones Aurora, 2006), 133.

32 Eduardo Bustelo, "Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano", *Salud Colectiva* 8, n.º 3 (2012), 288.

33 Daniel O'Donnell, "La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia", Conferencia del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los adolescentes, 8 de mayo de 2016. http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm

34 Ana Ancheta Arrabal, "Repensando las voces de la primera infancia en la era global", *Espacios en Blanco, Revista de Educación* 25 (2015), 128-131. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-94852015000100009

OC-4, al pronunciarse sobre el derecho a la nacionalidad de los niños, las niñas y los adolescentes, considera que las disposiciones internas de los Estados sobre la nacionalidad tienen como límite a las disposiciones internacionales referidas a la protección internacional de los derechos humanos, posición esta que también es compartida por la doctrina³⁵.

Esto significa que la protección integral plantea la necesidad de que todos los actores: familia, sociedad y Estado, trabajen mancomunadamente en hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo cual implica pensar en los efectos que dicho precepto genera en los diferentes espacios en los cuales estos interactúan³⁶; además de considerar el rol de la academia en tanto expresión de la sociedad civil, a la cual le concierne la reflexión teórica formadora de los profesionales que atienden a los niños³⁷.

De acuerdo con Bustelo³⁸, los derechos de los niños en la CDN son, en esencia, derechos sociales que se encuentran en el ámbito de lo público y, por lo tanto, su garantía es esencialmente política, por lo cual corresponde a la sociedad en su conjunto, implementarlos. A modo de ejemplo, la doctrina española ha planteado dentro de la relación entre la infancia y los medios de comunicación, la necesidad de proteger sus derechos, para lo cual señala tres formas diferentes en las cuales se puede dar esta relación: en primer lugar, como *protagonistas de la actividad de los medios*; en segundo lugar, como *receptores de los contenidos de los medios*; y en tercer lugar como *usuarios de los medios y ciudadanos*. Para el primer entorno señalan la elaboración, en algunas regiones, de códigos éticos de la actividad periodística, complementados por normas de rango internacional, nacional genérico y nacional específico (código de autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, estudios sobre cómo informar acerca de infancia y violencia, entre otros). Para el segundo entorno esto es, cuando

35 Anikama, *Análisis...*, 60.

36 Daniel Claverie, "Participación y sistema educativo... campo de problemas de una infancia en transición o convivencia de paradigmas de derechos", Buenos Aires: V Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, sobre Infancia, adolescencia y cambio social, 2012), 770.

37 Galvis, *Las niñas...*, 136.

38 Eduardo Bustelo Graffigna, "Infancia en indefensión (a)". *Salud Colectiva* 1, n.º 3 (2005), 264. <http://www.scielo.org.ar/pdf/sc/v1n3/v1n3a02.pdf>

los niños son usuarios, se identifican dos escenarios: uno, de protección contra contenidos perjudiciales (sexistas, violentos, que degradan a la persona y/o atentan contra su honra, entre otros); y otro, de protección de contenidos positivos (programas que fomenten valores como la tolerancia, la solidaridad, el respeto, el diálogo, la diversidad cultural, entre otros). Finalmente, para el tercer evento, cuando los niños son usuarios, se rescata la iniciativa de la Declaración de Madrid de 2005, en la cual varios sectores (sindicatos, asociaciones de consumidores, educadores, padres, entre otros) expresaron su preocupación por la relación entre la infancia y los medios de comunicación y expresan, en síntesis, que se cumpla con lo ordenado nacional e internacionalmente: diseños de planes de educación para la comunicación que promuevan el análisis y la percepción crítica de los programas para la infancia, y la promoción de programación creativa, de calidad y respetuosa de los valores³⁹.

Como lo señala Cecchini⁴⁰ la protección integral de los derechos de los niños pasa por el reconocimiento universal de su necesidad de protección, y el establecimiento de sistemas que, con un enfoque de derechos, tenga como misión corregir desigualdades estructurales tanto por razones de edad —relaciones adultos y niños—, como de género, —relaciones entre hombres y mujeres—, como por razón de la ocupación —relaciones entre el trabajo doméstico y la economía del cuidado, y otros tipos de trabajo—.

De acuerdo con el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente, la protección integral comporta tres tipos diferentes de prestaciones en favor de los niños: *prestaciones universales*, para hacer efectivos los derechos de todos los niños; *prestaciones focalizadas* a niños con situaciones de vulnerabilidad socioeconómica; y *prestaciones para niños con necesidades especiales*.

La siguiente tabla ilustra estos tipos de prestaciones:

39 Hugo Aznar, "Un reto fundamental de la ética comunicativa: la protección y el cuidado de los menores", en *La protección del menor*, dir. por Antonio Vallés (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 21-51.

40 Simone Cecchini, "Sistemas de protección social en América Latina: realizar derecho y promover la inclusión", en *Políticas de infancia y adolescencia: ¿camino a la equidad?*, ed. por Ernesto Durán Strauch y María Cristina Torrado Pacheco (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Centro de Estudios Sociales [CES], Facultad de Medicina, 2017), 52-80.

Tabla 2. Prestaciones en el marco de la protección integral a la infancia

Prestaciones universales	Prestaciones focalizadas en niños con vulnerabilidad socioeconómica	Prestaciones focalizadas en niños con necesidades especiales
<ul style="list-style-type: none"> • Control del embarazo en los servicios de salud. • Detección de factores de riesgo durante el embarazo y consejería a la embarazada. • Educación para madres gestantes y sus parejas. • Atención humanizada del parto. • Atención a los adolescentes en salud sexual y reproductiva. • Preparación y apoyo cuando ocurre el embarazo adolescente. • Inscripción en el registro de identidad. • Atención del recién nacido que favorezca el apego. • Lactancia materna. • Vacunación. • Control permanente del recién nacido y durante toda la primera infancia, para detectar factores de riesgo desde el sistema de salud. • Apoyo a las familias para la crianza y la estimulación del desarrollo infantil. • Servicios de seguridad social. • Campañas educativas masivas. • Sistema de educación preescolar y/o cuidado infantil para niños de 2 años en adelante. • Programas nutricionales. • Generación de entornos comunitarios saludables, seguros y estimulantes: ludotecas, plazas de juegos, etc. • Desarrollo de actividades recreativas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Acceso preferente a la protección social. • Sistemas de salas cunas o servicios de cuidado, educación y/o estimulación, prioritariamente para familias en las que ambos padres trabajan (desde el periodo posnatal hasta los dos años de edad), incluyendo a familias conformadas por un solo cuidador (padre o madre) trabajador. 	<p>Además de las prestaciones universales se deberán garantizar prestaciones tales como:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Visitas domiciliarias durante el periodo prenatal y posnatal por la existencia de factores de riesgo y vulnerabilidad, para el apoyo a la estimulación al desarrollo. • Modalidades de atención y cuidado infantil con características flexibles de calidad. • Programa de adopción familiar. • Atención garantizada de salud mental para los padres o cuidadores. • Programa de atención y reparación de maltrato y abuso. • Sistemas de acogimiento residencial y familiar. • Programas para niños(as) con discapacidad física, sensorial y psíquica. • Programas para niños(as) migrantes. • Programas para niños(as) pertenecientes a alguna etnia.

Fuente: elaborada con los datos de Martínez y Ditzel (2012, 66-67)

Protección ¿para los niños o en contra de los niños?

Si bien, como se ha sostenido en las líneas anteriores, la protección integral es, desde el punto de vista del derecho, un sistema de garantías jurídicas para que la familia, la sociedad y el Estado garanticen el ejercicio pleno y progresivamente autónomo de sus derechos, es necesario también presentar aquellas visiones que ponen en tela de juicio la idoneidad de la protección integral para lograr que el niño sea un individuo autónomo.

De esta última percepción participa Bustelo⁴¹ para quien la protección integral a pesar de ser una garantía jurídica, no tiene el alcance de formar a los niños como adultos autónomos, porque la adultez no es la forma más desarrollada del ser, ni tampoco es un estado definitivo; además, la infancia es una categoría histórica y estructural que debe interpretarse en sus propios términos y no en los del adulto-opresor, de suerte que la infancia sería un comienzo contra el *statu quo* adultocéntrico.

Otros, como Carmona⁴², destacan que en el debate sobre la protección de los derechos del niño se olvida la arista histórica: la regulación para los niños no vino, en un comienzo, desde el ámbito civil, sino desde el derecho penal; no era una regulación para proteger a los niños en la sociedad, sino más bien, para defender a la sociedad de los menores, esto es, para reprimir a aquellos que se encontraban viviendo en la calle —los *gamins*—. Después de esta fase, surge en el periodo de posguerras la necesidad de reconocer una protección especial y diferenciada para el niño, pero, como lo señala esta autora,

el niño “sujeto de derechos” se constituye por la vía de una ficción propia de nuestra realidad institucional, irrealizable y contradictoria, en la cual se enfrentan la condición pulsional como efecto de la relación de alteridad entre el sujeto y el Otro y la existencia legal propuesta por el orden jurídico. A su vez, los significantes del Otro en su dimensión jurídica se muestran insuficientes para la regulación de lo imaginario, dejando al niño a merced de sus exigencias y capturado en los ideales propuestos por la cultura.

41 Bustelo, *Notas...*, 295-296.

42 Diana Patricia Carmona Hernández, *El olvido por lo infantil en la ficción jurídica del niño* (Medellín: Departamento de Psicoanálisis, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Universidad de Antioquia, 2012), 19-21.

En este mismo sentido Colángelo⁴³ expresa que:

Más allá de los caminos que se elijan para darles respuesta, consideramos que el punto de partida para afrontar estos interrogantes ha de ser la idea de la niñez como una categoría socialmente construida que expresa los intereses de un determinado momento histórico y, como tal, guías políticas sociales y las prácticas concretas de los actores sociales. Si pensamos en la tarea antropológica como un continuo ejercicio de desnaturalización de prácticas y de categorías, la infancia puede dejar de ser pensada desde un concepto neutro y abstracto, signado por caracteres biológicos invariables, para recuperar toda la riqueza de sus determinaciones sociohistóricas. De este modo, tal vez, comencemos a hablar de “infancias”, plurales, múltiples, en el contexto de nuestra sociedad compleja.

Esta concepción de Colángelo está muy relacionada con las (in)fancias(s) que estudia Cordero⁴⁴, quien pone de presente que el actual discurso de la infancia es hegemónico y, por lo tanto, para dar cuenta de su realidad y ofrecer una efectiva y pretendida protección integral, es necesario reconocer aquellas (in)fancia(s) “extraoficiales”:

las cazadoras-recolectoras, las infancias previas a la revolución industrial, las infancias del mundo mayoritario, las infancias en y “de” la calle, las infancias levantadas en armas e, incluso, al interior de la infancia hegemónica, la dimensión agente y competente, resistente, de los niños y niñas, que no suele salir a la luz salvo como desviación.

En opinión de Cordero, el discurso de los derechos de la infancia debe ser sustituido por un discurso emancipador de las infancias, que provenga no de los adultos que conceden derechos, sino que debe provenir de los niños y las niñas. Y, en últimas, como lo afirma Freeman⁴⁵:

La Convención es un comienzo, pero solo un comienzo. Quienes desean ver mejoradas la situación y las vidas de los niños, deben continuar con la búsqueda del fundamento moral de sus derechos. Sin esa reflexión, no hubiera habido Convención; sin

43 María Adelaida Colángelo, “La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones y perspectivas de abordaje” (Ponencia, Serie Encuentros y Seminarios del Ministerio de Educación Argentina, 2005). http://www.me.gov.ar/curriform/publica/oei_20031128/ponencia_colangelo.pdf

44 Matías Cordero Arce, *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños* (Lima: Instituto para la Formación de Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe. Mons. Germán Schmitz, 2015), 370-371.

45 Freeman, *Tomando...*, 175.

más ideas críticas no habrá más reconocimientos de la importancia para las vidas de los niños de otorgarles derechos.

Protección integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la protección integral se refiere a la vigencia y satisfacción simultánea de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes, así lo ha señalado en las sentencias C-174 de 2009 y C-683 de 2015. Esta protección integral incluso, tal y como lo señala en la C-569 de 2016, impone a las autoridades la obligación de garantizarlos aún en contextos tan difíciles como los que viven los niños que permanecen con sus madres recluidas en establecimientos carcelarios o para aquellos que se encuentran en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, según lo indica en la C-684 de 2009. A la vez, es un criterio que sirve para ponderar la aplicación de principios como el interés superior del niño, en aquellos casos en los cuales la satisfacción de un derecho implique colisión entre dos principios, por lo que es también un concepto relacional⁴⁶. Así lo ha dicho la Corte en la Sentencia C-273 de 2003:

La protección integral de los derechos del niño se hace efectiva a través del principio del interés superior del niño, consagrado en el mismo artículo 44 superior al disponer que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, y en el numeral 1 del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el

.....
⁴⁶ Tania Giovanna Vivas Barrera, “Control al juicio de proporcionalidad de la Corte Constitucional colombiana”, *Novum Jus* 6, n.º 2 (2012), 29-68.

cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre estos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla *pro infans* (CP art. 44)⁴⁷.

En materia de violencia sexual, varias providencias tales como las sentencias T-544 de 2003 y T-843 de 2001, y el Auto A-009 de 2015, la protección integral de los niños, niñas y adolescentes se traduce en la obligación que tiene el Estado de investigar la ocurrencia de los hechos y hallar a los responsables, sino que también se traduce en resguardar a los niños víctimas y a sus familias de posibles agresiones y amenazas o vulneración de derechos con ocasión de la denuncia de agresiones sexuales.

El principio de protección integral tiene dos dimensiones: una positiva, que son actuaciones que deben desarrollarse, y otra negativa, que se materializa en abstenciones o prohibiciones. En el Auto A-009 de 2005 la Corte las definió en los siguientes términos:

En su dimensión negativa, los funcionarios judiciales deben: (i) abstenerse de comportamientos y expresiones que afecten la dignidad de los menores; y (ii) evitar el decreto de pruebas que impliquen una intromisión excesiva en la intimidad o integridad física y emocional del niño o la niña, de tal suerte que, en los casos en que se advierta la necesidad de dichas pruebas relevantes, el funcionario debe ponderar la necesidad de la prueba y el nivel de afectación del menor en cada caso concreto.

En la dimensión positiva, las autoridades involucradas en la investigación y juzgamiento de conductas lesivas de la integridad sexual de un menor de edad, deben: (i) mostrar especial diligencia en la determinación de los hechos, la atribución de responsabilidad penal y el pleno restablecimiento de los derechos del menor; (ii) informar al ICBF sobre la presencia de un menor en situación de riesgo; (iii) procurar desde la noticia *criminis* la protección integral del menor; y finalmente, (iv) utilizar sus facultades para el decreto de pruebas que le permitan alcanzar la verdad procesal. De la misma manera, en desarrollo del principio de igualdad, el funcionario debe tomar decisiones que tengan en cuenta la situación de indefensión del menor, y darle al niño o la niña un trato diferenciado al que le daría a un adulto en la misma situación⁴⁸.

47 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-273 de 2003.

48 Colombia, Corte Constitucional, Auto A-009 de 2005.

También en la Sentencia C-113 de 2017, la Corte se ocupó de la protección integral para señalar que su efectividad se traduce en reconocer a los niños como sujetos activos titulares de derechos y garantizar el cumplimiento de sus derechos; por lo tanto, la protección integral es, de acuerdo con las sentencias C-142 de 2002, C-273 de 2003 y C-283 de 2012, un sistema general de principios y garantías en favor de los niños, las niñas y los adolescentes, que grava tanto a la familia, como a la sociedad y al Estado.

Por lo tanto, se tiene que la protección integral, cuyo sentido, alcance y finalidad está siendo pormenorizado a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, también tiene un fundamento jurídico normativo. Así, en la Constitución Política se menciona la garantía y el desarrollo armónico e integral de los niños (artículo 44), y la protección y formación integral del adolescente (artículo 45). Sobre este último, la Corte en las sentencias C-247 de 2004 y C-468 de 2009 reitera que estos dos mandatos constitucionales, muy lejos de ser excluyentes, otorgan la importante posibilidad al adolescente de tener garantizado un espacio de participación en las decisiones que le afectan. Además, la Sentencia C-2003 de 2005 señala que como en diversos instrumentos internacionales se hace referencia a la protección integral de los niños, precepto deviene en obligatorio no solo por la mención expresa en la Constitución Política, sino también por su inclusión en el bloque de constitucionalidad.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH—, se señala que:

El artículo 19 de la Convención Americana obliga a los Estados a desarrollar la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de manera que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para la niñez debe reconocer que los niños son sujetos de derechos propios, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral. Estas medidas positivas “no consagran una potestad discrecional del Estado” con respecto a esta población⁴⁹.

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-17 de 2002 de la CIDH sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 10.

Para la Corte IDH, los pilares de la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes lo constituyen tres preceptos: el interés superior del niño⁵⁰, concebido como la premisa que tiene como finalidad integrar, aplicar e interpretar toda la regulación jurídica para los niños y, en este sentido, se constituye en un límite para las autoridades; el niño como sujeto de todos los derechos humanos, y también de aquellos que le corresponden por su edad; y el ejercicio de la autoridad o potestad parental —patria potestad—, que se constituye tanto en un deber de los padres como en un derecho de los niños, cuyas facultades cambian en la medida en que el niño crece.

Así lo manifiesta:

Los niños no deben ser considerados “objetos de protección segregativa”, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral, y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de “un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo”. No solo se deben proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de protección, conforme al artículo 19 de la Convención Americana y un conjunto de instrumentos internacionales en materia de niñez⁵¹.

Pero no solo la Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional que desarrolla la protección integral, otros instrumentos complementarios de aquella, tales como las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, en opinión de la Corte IDH, contribuyen a hacer efectivo dicho mandato:

Asimismo, aquellos instrumentos, entre los que se encuentran las “Reglas de Beijing”, las “Reglas de Tokio” y las “Directrices de Riad”, desarrollan la protección integral de los niños y adolescentes. Esta implica considerar al niño como sujeto pleno de derechos y reconocen las garantías con que cuenta en cualquier procedimiento en el que se afecten esos derechos. En el sistema interamericano el niño debe disfrutar determinadas garantías específicas “en cualquier proceso en el cual esté en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye cualquier procedimiento administrativo”, artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Dichas garantías deben ser observadas,

50 Rosa Elizabeth Guío Camargo, “El interés superior del niño”, en *Derecho privado: abordaje desde algunos de sus principios generales*, ed. por Clara Carolina Cardozo Roa (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018), 198-240.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, oc-17 de 2002 de la CIDH sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 14.

en especial, cuando el procedimiento significa la posibilidad de aplicar una medida privativa de libertad (llámese “medida de internación” o “medida de protección”)⁵².

De acuerdo con la Corte IDH, uno de los elementos esenciales a la hora de determinar si la legislación de un país hace efectivo el reconocimiento de los derechos de los niños, es verificar si aquellos —los niños— tienen efectivamente el derecho a ser oídos y a que sus opiniones se tengan en cuenta, en función de su edad y desarrollo, derecho que hace parte de la garantía del debido proceso. En este sentido, señala que:

Según el modelo de protección integral adoptado, los niños tienen derecho a ser partícipes de los procesos que impliquen la toma de decisiones que les afecten, no solo dentro del ámbito familiar sino también en las actuaciones que se realicen ante las autoridades competentes.

En razón de estos criterios, se considera pertinente exhortar a los países miembros de la OEA a que adopten en su legislación interna las directrices establecidas por el derecho internacional en materia de protección y tutela a los infantes, a fin de reconocer a estos como titulares de derechos y obligaciones. Esto incluye el derecho a un debido proceso⁵³.

No obstante, la Corte IDH también llama la atención sobre los obstáculos que, en varios de los países miembros de la OEA, generan cuando menos, traumatismos a la hora de hacer efectiva la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes:

Asimismo, inclusive en aquellos países en los cuales se ha adoptado una nueva legislación, existen una serie de deficiencias que resulta necesario corregir, como lo son, entre otras, la creación de instalaciones necesarias para la aplicación de medidas privativas de libertad con condiciones dignas y la desvinculación de las legislaciones del viejo sistema de la doctrina de la situación irregular. De esta manera, la doctrina de la protección integral se ha encontrado con muchos obstáculos de diversa naturaleza, como lo son:

- Económicos: la falta de partidas presupuestarias para brindar una adecuada función tutelar de los derechos de los niños;

52 *Ibidem*, 18.

53 *Ibidem*, 27.

- Políticos: el gasto social no constituye una prioridad para los gobiernos, y cuando se realiza resulta “incoherente en las ejecuciones por la falta de una adecuada planeación”;
- Ideológicos: es necesario promover una mayor sensibilización y compromiso frente a las nuevas exigencias de la infancia, frente a una “extendida cultura autoritaria y represiva”;
- Institucionales: existe una carencia de capacitación de los operadores jurídicos y sociales en esta materia, pues “no entienden los alcances de su competencia ni logran desvincular plenamente esta función de la función sancionadora”, frente a un niño infractor.
- Informativos: es necesario realizar un proceso de capacitación a los abogados, debido a su “especial participación a nivel de control y exigencia” frente a las instituciones estatales encargadas de ejecutar las medidas de protección;
- Legislativos: los avances en este campo han sido lentos y de carácter formal; y
- Formativos: a pesar de los logros alcanzados, no existe “una masa crítica de profesionales que esté en la capacidad de crear opinión” sobre esta materia⁵⁴.

Conclusiones

La protección integral, además de ser el paradigma que informa actualmente la regulación jurídica para los niños, las niñas y los adolescentes colombianos, es no solo un derecho de aplicación inmediata, sino el fin último al que deben tender todas las actuaciones en las cuales se toquen, de manera directa, y aun indirecta, los derechos de la infancia. Por lo tanto, materializar la protección integral no es solo una tarea del legislador, sino que también corresponde al juez y al ejecutivo, pero también es tarea de la familia y de la sociedad.

Como pudo evidenciarse en este capítulo, la protección integral tiene no solo fundamento normativo en la Constitución, también lo tiene en el concepto de bloque de constitucionalidad. Por otro lado, la concreción de este sistema de garantías, para el caso colombiano, ha sido una importante tarea abordada por la Corte Constitucional en diferentes escenarios, lo que significa que ella puede ser aplicada en diversos escenarios de titularidad activa de derechos de los niños,

.....
54 Ibídem, 30.

niñas y adolescentes, no solo como mandato expreso de la ley, sino también —y para casos muy concretos—, a través del precedente judicial.

Finalmente, es necesario señalar que el hecho de materializar la protección integral no es, ciertamente, un reductor de complejidad, es, al contrario, un multiplicador de esta, en la medida que en muchos casos se requiere de pronunciamiento judicial o norma expresa en un determinado sentido; y en todos los casos es necesario que tanto la familia, como la sociedad y el Estado, tomen acciones para materializarla.

Referencias

- Agudelo Giraldo, Oscar Alexis y Jorge Enrique León Molina. “La hipocresía en torno a los derechos humanos”. En *Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana*, Óscar Alexis Agudelo, Jaime Cubides Cárdenas, Jorge Enrique León Molina, Daiana Iyonne Reyes García, Jheison Torres Ávila, Olenka Woolcott, Carlos Eduardo Castro Buitrago, 9-42. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Álvez Barboza, Eraldo. “Exploração sexual da criança e do adolescente como trabalho escravo”. *Novum Jus* 9, n.º 1 (2015): 11-28.
- Alzate Piedrahita, María Victoria. *La infancia. Concepciones y perspectivas*. Pereira: Papiro, 2003.
- Ancheta Arrabal, Ana. “Repensando las voces de la primera infancia en la era global”. *Espacios en Blanco, Revista de Educación* 25 (2015): 127-152. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-94852015000100009
- Anikama, Cecilia; Comisión Andina de Juristas. *Análisis jurídico de la protección de los derechos del niño*. Lima: Save the Children, 2003.
- Ariza López, Martha Isabel. “La estrategia Hechos y derechos”. En *Monitoreo de derechos de la niñez y la adolescencia: reflexiones sobre lo aprendido*, editado por Ernesto Durán Strauch y Elizabeth Valoyes Bejarano, 13-40. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Observatorio sobre Infancia; Organización de Estados Americanos; Instituto Iberoamericano de Primera Infancia y Derechos de la Niñez, 2010.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (Cedec), 2011.
- Aznar, Hugo. “Un reto fundamental de la ética comunicativa: la protección y el cuidado de los menores”. En *La protección del menor*, dirigido por Antonio Vallés, 21-56. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

- Bácares Jara, Camilo. “Una lectura hermenéutica a la Convención de los Derechos del Niño”. Tesis de maestría. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2012. <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/2132>
- Blanc Altemir, Antonio. “Artículo 25”. En la *Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, coordinado por Xavier Pons Rafols, 404-420. Barcelona: Icaria, 1998.
- Beloff, Mary. “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, *Justicia y Derechos del Niño* 1 (1999): 9-22. <http://unicef.cl/web/justicia-y-derechos-del-nino-numero-1/>
- Beloff, Mary. “Constitución y derechos del niño”. *Justicia y derechos del Niño* 7, (2005): 9-46. <http://unicef.cl/web/justicia-y-derechos-del-nino-numero-7/>
- Beloff, Mary. *Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- Bernal Romero, Teresita de Lourdes, Jorge Mario Jaramillo Pérez, Liliana Mendoza Ramos, María Angélica Pérez Serna, Ana María Suárez Reyes. “Significados de la infancia en el marco de la globalización”. *Hallazgos* 6 n.º 12 (2009): 147-165. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=413835200007>
- Bined, Alfred. *Las ideas modernas acerca de los niños*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999.
- Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991.
- Bonilla González, Ricardo, María Cristina Torrado, Ernesto Durán S., Miguel Barrios, Fernando Navarro, Bibiana Quiroga, Germán Cano. *Situación actual y prospectiva de la niñez y la juventud en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004. http://207.58.191.15:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/119/doc_siju.pdf?sequen%22%3E%3C/a%3E
- Bustelo Graffigna, Eduardo. “Infancia en indefensión (a)”. *Salud Colectiva* 1, n.º 3 (2005): 253-283. <http://www.scielo.org.ar/pdf/sc/v1n3/v1n3a02.pdf>
- Bustelo, Eduardo. “Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano”. *Salud Colectiva* 8, n.º 3 (2012): 287-298. <http://www.scielo.org.ar/pdf/sc/v8n3/v8n3a06.pdf>
- Carmona Hernández, Diana Patricia. *El olvido por lo infantil en la ficción jurídica del niño*. Medellín: Departamento de Psicoanálisis, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Universidad de Antioquia, 2012.
- Cardozo Roa, Clara Carolina. “Más allá de la propiedad privada: el derecho civil como instrumento de protección de las víctimas en el conflicto armado colombiano”. En *La voz de las víctimas: reto para la academia ante el posconflicto*, editado por Beatriz Londoño Toro y Laly Catalina Peralta González, 281-309. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018.

•La protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes •

- Castro Gutiérrez, Mario Andrés y Juanita Hernández Vidal. *Los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia como sistema constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Cecchini, Simone. “Sistemas de protección social en América Latina: realizar derecho y promover la inclusión”. En *Políticas de infancia y adolescencia: ¿camino a la equidad?*, editado por Ernesto Durán Strauch y María Cristina Torrado Pacheco, 51-86. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Centro de Estudios Sociales (CES), Facultad de Medicina, 2017.
- Chacón Mata, Alfonso Manuel. “Protección de los niños según el derecho internacional humanitario. Un breve recuento desde los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* VII (2007): 65-113. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/196>
- Chunga Chávez, Carmen Flor de María. *Derechos del niño y el adolescente*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2016.
- Cillero Bruñol, Miguel. “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal”. *Justicia y Derechos del Niño* 3 (2001): 65-76. http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Bibliografia_Sist._Justicia_Juvenil_Mod_3/pdf/Distintas%20lecturas.pdf
- Claverie, Daniel. “Participación y sistema educativo... campo de problemas de una infancia en transición o convivencia de paradigmas de derechos”. Buenos Aires: V Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia Infancia, adolescencia y cambio social, 2012.
- Colángelo, María Adelaida. “La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones y perspectivas de abordaje”. Ponencia presentada en la Serie Encuentros y Seminarios del Ministerio de Educación, Argentina, 2005. http://www.me.gov.ar/curriform/publica/oei_20031128/ponencia_colangelo.pdf
- Cordero Arce, Matías. *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños*. Lima: Instituto para la Formación de Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe. Mons. Germán Schmitz, 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) y Save the Children. *Jurisprudencia sobre el Derecho de los Niños*, (s. f.). https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/corteidh_jurisprudencia_sobre_el_derecho_de_los_ninos_0.pdf
- Daza Coronado, Sandra Milena. *Derecho de familia. Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Fanlo, Isabel. “Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate”. *Justicia y Derechos del Niño* 9 (2007): 159-176. <http://unicef.cl/web/justicia-y-derechos-del-nino-n-9-septiembre-2007/>

- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). *Código de la infancia y la adolescencia*, versión comentada. Bogotá: Unicef, 2007.
- Freeman, Michael. “Tomando más en serio los derechos de los niños”. En *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, compilado por Isabel Fanlo, 145-164. Ciudad de México: Distribuciones Fontanara, 2004.
- Galvis Ortiz, Ligia. *Las niñas, los niños y los adolescentes titulares activos de derechos. Mirada a Latinoamérica*. Bogotá: Ediciones Aurora, 2006.
- García Méndez, Emilio. “Infancia, ley y democracia en América Latina: una cuestión de justicia”. En *Infancia, ley y democracia en América Latina*, compilado por Eduardo García y Mary Beloff, 15-92. Bogotá; Buenos Aires: Temis; Ediciones Depalma, 1998.
- García Méndez, Emilio. “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”. *Justicia y Derechos del Niño* 1 (1999): 23-45. <http://unicef.cl/web/justicia-y-derechos-del-nino-numero-1/>
- Guío Camargo, Rosa Elizabeth. “La protección jurídica para los niños en el conflicto armado colombiano: de la Declaración de Ginebra al Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. Estándares internacionales para tener en cuenta en el proceso de paz colombiano”. En *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia*, editado por Tania Vivas Barrera, 105-126. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Guío Camargo, Rosa Elizabeth. “Mandatos de protección del Estado colombiano a los niños como respuesta a su responsabilidad en tiempos de conflicto y posconflicto”. En *Responsabilidad internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto armado y en etapas de posconflicto*, editado por Jaime Cubides Cárdenas y Tania Vivas Barrera, 101-130. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018.
- Guío Camargo, Rosa Elizabeth. “El interés superior del niño”. En *Derecho privado: abordaje desde algunos de sus principios generales*, editado por Clara Carolina Cardozo Roa, 198-240. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018.
- Maneiro, Rosana. “Un recorrido por el significante infancia”. *Perspectivas en Psicología: Revista de Psicología y Ciencias Afines* 8, n.º 2, (2011): 95-100. <http://www.redalyc.org/pdf/4835/483549017014.pdf>
- Martínez Oyarce, Loreto y Loreto Ditzel Lacoa (consultoras). *Lineamientos para la implementación y gestión de políticas públicas de protección integral dirigidas a la primera infancia*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, 2012. <http://iin.oea.org/pdf-iin/Lineamientos-Gestion-Primera-Infancia.pdf>
- Morlachetti, Alejandro. *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal); Unicef, 2013. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/S2012958_es.pdf?sequence=1
- Morlachetti, Alejandro. “La Convención sobre los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos”. En *Derechos humanos*

de los grupos vulnerables. Manual, coordinado por Jane Felipe Beltrão, José Claudio Monteiro de Brito Filho, Itziar Gómez, Emilio Pajares, Felipe Paredes y Yadira Zúñiga, 21-42. Barcelona: Manual. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

O'Donnell, Daniel. "La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia". Conferencia pronunciada en el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los adolescentes, 8 de mayo de 2016. http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm

Rodríguez Bejarano, Carolina, Carolina Chacón Triana y Jaime Cubides Cárdenas. "Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia: marcos de protección en el derecho internacional de los derechos humanos". En *Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano*, editado por Jaime Cubides Cárdenas. 31-55. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.

Sauer, Jacob. "A presunção de violência nos delitos sexuais com vítimas menores de idade". *Novum Jus* 12 n.º 2 (2014): 85-110.

Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil*, tomo 1, Parte general y personas. Bogotá: Temis, 2016.

Vivas Barrera, Tania Giovanna. "Control al juicio de proporcionalidad de la Corte Constitucional colombiana". *Novum Jus* 6, n.º 2 (2012): 29-68.

Woolcott Oyague, Olenka, Tania Giovanna Vivas Barrera y Tary Cuyana Garzón Landínez. *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia T-283 del 16 de junio de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-142 del 5 de marzo de 2002. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-273 del 1.º de abril de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia T-554 del 10 de julio de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia T-1001 del 20 de noviembre de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-247 del 16 de marzo de 2004. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-283 del 8 de marzo de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-174 del 18 de marzo de 2009. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C-468 del 15 de julio 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T-844 del 8 de noviembre de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C-383 del 24 de mayo de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Auto A-009 del 27 de enero de 2015. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-683 del 4 de noviembre de 2015. M. P. Jorge Ignacio Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C-569 del 19 de octubre de 2016. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. Sentencia T-113 del 22 de febrero de 2017. M. P. María Victoria Calle Correa.

LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHOS: LA MATERNIDAD EN EL CENTRO DE LA POLÉMICA

Ana Isabel Marrades Puig¹

Introducción: la mujer como sujeto de derechos

Durante muchos siglos las mujeres no han tenido la condición de sujetos de derechos. Solo hasta hace unas décadas, y de acuerdo con el marco constitucional de cada Estado, se han ido incorporando como ciudadanas en plena igualdad con los hombres, sin embargo, existen cuestiones pendientes que lastran su condición de sujetos de derechos, especialmente las que se refieren a la maternidad y a las tareas de cuidados.

El siglo XVIII fue clave para la reasignación de los roles que habían venido configurándose a lo largo de la historia. El constitucionalismo decimonónico y la filosofía ilustrada, lejos de proyectar hacia la ciudadanía de las mujeres sus ideales de libertad e igualdad, se asentó sobre las bases de una estructura social que se dividía en dos ámbitos o esferas: la pública y la privada, asignando a los hombres

¹ Doctora en Derecho por la Universitat de València (España). Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València (España). Secretaria del Instituto Universitario de Estudios de las Mujeres (IUED), Universitat de València. Secretaria de la revista *Quaderns Feministes*, *Institut Universitari d'Estudis de la Dona*. Vocal de la Red Feminista de Derecho Constitucional. Miembro de la Comisión Académica del Máster en Derecho Constitucional de la Universitat de València. Profesora del Máster en Género y Políticas de Igualdad y del Máster en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo sostenible de la Universitat de València. Fellow Researcher del Global Europe Centre de la University of Kent (UK). Investigadora en la Università degli Studi di Pisa (Italia) y de la University of Virginia (EE. UU.). Ana.I.Marrades@uv.es

la primera y a las mujeres la segunda. La igualdad era solo formal, y el sujeto de derechos era el varón, blanco, burgués. Es decir, el varón que pertenecía a una determinada clase social o estatus se consolidaba como el sujeto de derechos, asimilándose a esa condición los otros varones, que, aunque no pertenecieran a la burguesía o a las clases dominantes o no tuvieran acceso al derecho de participación política del mismo modo, formaban parte de esa esfera pública en tanto que representaba el ámbito del trabajo productivo, que era el único capaz de producir riqueza para la economía y la ideología liberal.

La esfera privada, la de lo doméstico, que comprendía el cuidado del hogar, de la familia, los hijos y las hijas, las personas mayores, enfermas o dependientes era el ámbito asignado a las mujeres, que pasarían así a ocuparse oficialmente del trabajo reproductivo, al que denomino *trabajo*, si bien no era considerado como tal, sino más bien como una tarea o función de las mujeres y que, por tanto, era lo que de ellas se esperaba, especialmente la maternidad, la función exclusiva de las mujeres, cuyo fundamento biológico se utilizó para asignarles también las tareas de la crianza. Gestar, parir y a continuación educar a las hijas y los hijos formaba el núcleo esencial del trabajo reproductivo necesario para el mantenimiento de la estructura social, sin embargo, esa función asignada en exclusiva a las mujeres, no reconocida como derecho sino como obligación, fue el argumento principal empleado para justificar su exclusión.

Las mujeres han hecho posible con su trabajo reproductivo, es decir, con su labor en la esfera privada, las condiciones de subsistencia necesarias para que la vida de las demás personas en la familia sea digna. Sin embargo, esta actividad desarrollada en aras de la dignidad las ha situado a ellas mismas en una posición de desventaja, como argumenta Asunción Ventura². Es imprescindible que se reconozca el trabajo de las mujeres, su contribución al desarrollo del estado de bienestar al haber estado dedicadas al cuidado de las personas³. Por eso, Eva Martínez dice que las mujeres han sido, y siguen siendo, “el Estado de Bienestar del resto de la población”⁴. El trabajo doméstico, de crianza y de cuidado, que

2 Asunción Ventura, *Las mujeres en la Constitución española de 1978* (Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999), 210

3 Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez, *Igualdad y derechos humanos* (Madrid: Tecnos, 2003), 167 y 168.

4 Eva Martínez Sampere, “Ciudadanía democrática, voluntad política y estado social”, en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico* (Valencia: Corts Valencianes, 2014), 446.

deberían ser responsabilidad del Estado, especialmente de un Estado social, ha sido realizado exclusivamente por las mujeres⁵ y ello explica, en gran parte, como indica Mar Esquembre⁶

la costosa y precaria inserción de las mujeres en el ámbito laboral, los obstáculos en la promoción profesional, la minoritaria presencia en las instituciones políticas y en puestos de responsabilidad; en definitiva, la subsistencia de la posición subordinada, en términos generales, de las mujeres. Y también, la ausencia de los hombres en este ámbito doméstico, pues las escasas medidas tendentes a compartir responsabilidades familiares no suelen ir dirigidas a ellos.

A pesar de los avances obtenidos en materia de igualdad, el espacio privado o doméstico sigue organizándose de acuerdo con las normas que regían en el periodo liberal⁷. Mujeres y hombres siguen asumiendo los espacios y las esferas privadas y públicas respectivamente, y ocupándose de las tareas tradicionales en cada uno de esos espacios. En esto no se ha avanzado apenas, por eso lo importante es resaltar el valor ético del cuidado, su importancia y necesidad, y en consecuencia, hacerlo extensivo a toda la sociedad, recayendo en los hombres y en las mujeres por igual. Para revisar el modelo político y económico existente y el rol equilibrado de hombres y mujeres en la sociedad es preciso valorar los trabajos del cuidado⁸. Como explicaba M. Ángeles Durán⁹ “de entre todas las tareas que se desarrollan en los hogares, las que producen mayor desazón al investigador y más debate ideológico sobre su estatuto son las de cuidar y gestar”. El reconocimiento del cuidado y las atenciones a las personas dependientes (menores, personas enfermas y/o ancianas) de manera corresponsable entre mujeres, hombres y Estado, como elemento esencial de las políticas públicas y también como derecho es el objeto de una de las más importantes reivindicaciones que llevamos tiempo realizando las investigadoras de los estudios de género.

5 Mar Esquembre, “Una Constitución de todas y todos. La reforma constitucional desde una perspectiva de género”, *Gaceta Sindical, Reflexión y Debate* (nueva etapa n.º 23, 2014), 110.

6 Esquembre, *ibídem*, 111.

7 Laura Nuño, “La gestión social del cuidado: nuevos tiempos, viejas reglas”, en *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?* (Santiago: Andavira, 2012), 242.

8 Octavio Salazar, *Masculinidades y ciudadanía* (Madrid: Dykinson, 2013), 317 y 318.

9 M. Ángeles Durán, “Más allá del dinero: la economía del cuidado”. *Discurs d'Investidura Honoris Causa per la Universitat de València*, 9 de maig, de 2012 (Universitat de Valencia, 2012), 50.

Descripción del problema: los (las) sujetos responsables del cuidado familiar

Las tareas de cuidados hasta ahora han sido resueltas por las mujeres pero no es probable que sigan realizándose solo por ellas, esto constituye un problema de gran magnitud, y sin embargo el Estado (los Estados) no se ha dado cuenta de su importancia¹⁰. Las generaciones de madres y abuelas cuidadoras en exclusiva de los menores y las personas enfermas o dependientes van terminándose. Hace décadas que las mujeres comenzaron a abandonar la función doméstica como tarea principal, salieron al mercado laboral y comenzaron a desarrollarse profesionalmente: no hay tiempo material para desarrollar ambas ocupaciones si no existe una corresponsabilidad de los hombres en los espacios domésticos y del Estado como responsable último.

Las sociólogas llevan tiempo estudiando los datos en relación con la situación de las necesidades de cuidados y la situación en que se hallan las cuidadoras. María Ángeles Durán¹¹ ha realizado un importante estudio donde explica que, a partir de los sesenta años, aumenta la población con enfermedades crónicas o discapacidades, y con ello las necesidades de cuidados. Si a ello se añaden las necesidades de cuidado de los menores en época de crianza se visualiza un panorama en el cual las mujeres deben elegir entre quedarse en casa atendiendo los cuidados y la crianza, o si tienen posibilidades y pueden permitírselo económicamente, pueden contratar a alguien para hacerlo (o recurrir al cuidado de otras personas de la familia, que normalmente son otras mujeres).

Como se habrá podido observar, se escribe en femenino para dirigirse a las personas cuidadoras porque son las mujeres las que verdaderamente se ocupan de ello. Se describe una realidad que es justamente la que debe superarse universalizando los cuidados, tanto de las personas mayores y dependientes cuanto de los menores.

En España, como casi en la totalidad de países latinos con los que compartimos modelos de cuidados (como Italia o Portugal en Europa y en la mayoría de países latinoamericanos), las mujeres suelen hacerse cargo de los cuidados, en el

10 El Overseas Development Institute Report (march, 2016) alerta sobre el problema del cuidado e incide en la necesidad de situarlo en el centro de las agendas políticas, 44 y 67.

11 M. Ángeles Durán, *La riqueza invisible del cuidado* (Valencia: Universitat de València, 2018).

marco del sistema de cuidado informal que está fuera del sistema público¹². Así, los cuidados son llevados a cabo de forma instintiva, como si de su responsabilidad exclusiva dependieran, por las mujeres jóvenes, si se trata de la crianza de los menores, o por las mujeres de generaciones anteriores si como abuelas se hacen cargo de la crianza en sustitución de la madre —si esta trabaja fuera del hogar— o del cuidado de las personas ancianas o dependientes. Otro dilema es el que padecen las mujeres jóvenes con hijas o hijos pequeños ante la tesitura de dejarles al cuidado de otras personas o asumir ellas la crianza con el consiguiente riesgo de sufrir daños en su estado profesional o laboral.

En el mencionado estudio sobre el cuidado¹³ se plasma una evidente preocupación por su futuro. España se asemeja al resto de países de Europa en cuanto a la solidaridad familiar como estrategia para acometer la asistencia a menores, personas ancianas o dependientes¹⁴, con la salvedad de que nuestra característica peculiar es el cuidado informal fuera de las instituciones públicas. Desde un punto de vista sociológico podría explicarse, por ejemplo, por el inferior desarrollo de servicios públicos o la menor participación laboral femenina, pero también porque tenemos un concepto diferente de familia que compartimos con otros países latinos. Si bien la atención a los menores está ya siendo objeto de políticas públicas que están proporcionando servicios de guarderías, para el caso del cuidado de mayores o personas dependientes las redes de asistencia son todavía débiles.

Desde un punto de vista constitucional, estas circunstancias y necesidades nos servirían para fundamentar nuevos derechos, en este caso, un derecho al cuidado. “Fundamentar los derechos consiste en mostrar las razones que imponen o respaldan el deber moral de su reconocimiento jurídico”¹⁵. “El recurso a las necesidades supondría aceptar que en ellas se encuentra el sustrato antropológico de los derechos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades,

12 María Crespo, “Familia y dependencia. Nuevas necesidades. Nuevas propuestas”, en *La protección de las personas mayores*, Lasarte Álvarez, C. (Madrid: Tecnos, 2007), 447.

13 Durán, *La riqueza invisible del cuidado...*

14 En España, la Ley 39 de 2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia ha significado un avance importante, aunque queda por evaluar su eficacia en relación con los recursos de que se disponen.

15 Luis Prieto Sanchís, *Estudio sobre derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1990), 18.

entendidas como exigencias de una vida digna”¹⁶, según explican De Lucas y Añón. En este caso las necesidades de cuidado, elementales para la vida digna, serían el sustrato del derecho al cuidado universal y compartido por mujeres, hombres y Estado, como responsable en última instancia.

Este derecho podría incluirse entre los “nuevos derechos sociales”¹⁷, y podría referirse tanto al derecho a ser o a recibir cuidado, como al derecho a proporcionar cuidados sin que ello menoscabe el ejercicio de otros derechos. En ambos casos se requiere observar con una mirada diferente, con una perspectiva de género que parta de la premisa del cuidado proporcionado a lo largo de la vida por las mujeres de manera exclusiva. Ello supone también elaborar presupuestos y una planificación económica que incorpore estas nuevas perspectivas y valores de solidaridad e igualdad que pongan a la persona en el centro.

Como ya se ha argumentado,

no solo concierne a la dignidad de la vida las decisiones sobre cuestiones trascendentes en relación a su inicio y a su final; y no solo estas cuestiones deben ser importantes para el derecho, sino también aquellas situaciones o periodos de especial vulnerabilidad o dependencia que pueden acaecer en cualquier momento de la vida¹⁸.

Siguiendo a Ferrajoli¹⁹, “la tutela de la vida es el objeto del derecho y la razón de las instituciones políticas”, por eso las condiciones para una vida digna deben quedar establecidas en las constituciones que se basan en estados sociales, democráticos y de derecho. Los futuros pactos constitucionales deben, pues, tener en cuenta las nuevas necesidades y una auténtica aplicación del principio de igualdad, reconociendo que los derechos y las obligaciones corresponden a mujeres y hombres por igual.

El aumento de necesidades de cuidados que se prevé para las siguientes décadas, la insuficiencia de apoyo por parte de las instituciones públicas, la falta de distribución presupuestaria acorde con las necesidades existentes y un cuidado

16 Javier de Lucas y María José Añón, “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa*, 7 (1990): 75.

17 C. Tobío, M. S. Agulló, V. Gómez y Teresa Martín Palomo, *El cuidado de las personas: un reto para el siglo XXI* (Colección Estudios Sociales, Fundación “La Caixa”, 2010), 182 y 183.

18 Ana Marrades Puig, “Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional”, *Revista de Derecho Político* (2016): 238.

19 Luigi Ferrajoli, “Derechos sociales y esfera pública mundial”, *Los derechos sociales en el estado constitucional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 52.

informal que está siendo procurado casi de forma exclusiva por mujeres cuya renuncia al ejercicio de otros derechos las sitúa en una posición de franca inferioridad justifican el reconocimiento del derecho al cuidado. Para hacer frente al problema el Estado debe reconsiderar otras políticas públicas que partan de la igualdad de mujeres y hombres en la prestación de cuidados, es decir, de la corresponsabilidad. Las mujeres no pueden seguir siendo ellas solas las que se ocupen del cuidado de las personas dependientes, ni del cuidado diario necesario para que la vida sea digna. Para ello es esencial educar en estos nuevos principios.

La extensión de las tareas del cuidado a los hombres es imprescindible para equilibrar la situación de mujeres y hombres en igualdad de condiciones y también para la procura efectiva de la asistencia y cuidados a las personas²⁰. Las políticas educativas se convierten en la clave para universalizar la ética del cuidado y de la solidaridad. De acuerdo con Octavio Salazar²¹, reivindicamos universalizar los valores típicamente considerados femeninos porque son los valores que deben orientar una sociedad justa e igualitaria, por ejemplo: “la gratitud generosa, el razonamiento práctico, la empatía, la autoridad para la mediación, la visión del detalle y la gestión circular del tiempo como imprescindibles para ser incorporados a la esfera pública y extendidos a todos”.

Por otro lado, las políticas laborales deben ser configuradas teniendo en cuenta la corresponsabilidad de hombres y mujeres en las tareas de cuidados. De manera progresiva, ambos deben realizar las funciones necesarias en el ámbito doméstico, al igual que la representación de mujeres y hombres debe quedar garantizada en los espacios público y político.

En el marco de las tareas de cuidados nos centraremos de forma especial en la crianza de los hijos. Como se decía al principio, la capacidad de las mujeres de gestar y parir seres humanos las ha situado también en posición de tener la obligación exclusiva de su cuidado. El sistema ha reproducido los roles asignados a mujeres y hombres por quienes ostentaban el poder, atribuyendo a ellas la función de la crianza. El reparto del cuidado y la corresponsabilidad en la crianza como

20 Como también destaca el Overseas Development Institute Report, en su reciente informe de marzo de 2016 “Women’s work. Mothers, children and the global child crisis” (Emma Samman, Elizabeth Presler Marshal, Nicola Jones), 74.

21 Octavio Salazar, “La diferencia como principio jurídico-político de una nueva ciudadanía”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coord. Manuel Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra (Aranzadi, 2006), 729.

principal sustrato de las políticas públicas de igualdad y de la acción del derecho por medio de la acción del legislador (y también del poder judicial al interpretar y aplicar las leyes) está ya siendo objeto de proposiciones legislativas en España.

Las propuestas de reforma en clave de género en torno al sujeto mujer y la maternidad

En España se están estudiando varias propuestas de reforma constitucional que incluyan definitivamente a las mujeres como auténticos sujetos de derechos. La Constitución española de 1978 fue escrita en clave masculina, la mujer solo aparece dos veces: la primera, cuando habla de la sucesión a la Corona y, la segunda, al referirse a la maternidad. La Constitución incluye en su artículo 39 la protección de las madres, sin embargo, existen problemas realmente acuciantes en torno a la maternidad. Como decía Carol Pateman, tan bien argumentado por Anna Jonasdóttir²², la capacidad de la mujer de dar a luz es lo que ha puesto a las mujeres en una posición de sumisión que debe revisarse para lograr una ciudadanía plena. O como también señalaba Shulamith Firestone, la maternidad constituye la principal causa de opresión de las mujeres.

En este estudio se quiere mostrar dos problemas pendientes en el constitucionalismo que giran en torno a la maternidad y a la condición de sujeto de derechos de la mujer y que deben ser revisados y tenidos en cuenta para una posible reforma constitucional: por un lado, la crianza y la carga que ello conlleva para el desarrollo profesional de las mujeres en el arduo camino de la igualdad y, por otro lado, la puesta en práctica de las gestaciones subrogadas en la que la mujer que gesta para otras personas, muy al contrario de ejercer su condición de sujeto de derechos, podría estar perdiendo dicha condición.

La Red Feminista de Derecho Constitucional²³ es un grupo de investigación de larga trayectoria académica en las universidades españolas que trabaja sobre estas cuestiones desde la perspectiva de género. Entre sus propuestas más importantes para el cambio constitucional destacan la constitucionalización de nuevos

22 Anna Jónasdóttir, *El poder del amor: ¿le importa el sexo a la democracia?* (Madrid: Cátedra, 1993), 258 y Shulamith Firestone, *La dialéctica del sexo* (Barcelona: Kairós, 1976).

23 Red Feminista de Derecho Constitucional, *Declaración de Intenciones de la Red Feminista de Derecho Constitucional*, en su XII Encuentro celebrado en Biar el 16 de julio de 2015. Web Red Feminista de Derecho Constitucional.

derechos en el marco de la igualdad, y también el reconocimiento de las mujeres como auténticos sujetos de derechos revisando el concepto de dignidad contra la mercantilización o la instrumentalización de sus cuerpos.

Se proponen nuevos derechos como los derechos reproductivos²⁴, el derecho a la maternidad²⁵ y el derecho al cuidado²⁶. Pero es muy importante tener en cuenta, como más adelante se explicará, que el derecho a la maternidad no significa el derecho a tener hijos, sino que se corresponde más bien con el derecho de ejercicio del libre desarrollo de la personalidad sin menoscabo de ninguna de sus facetas (personal y profesional) y a la vez con la asunción de responsabilidad de ocuparse del hijo o hija por nacimiento o adopción.

La necesaria corresponsabilidad de los cuidados y la proposición de ley de los permisos iguales e intransferibles en España

Los permisos laborales y demás prestaciones de la seguridad social que se conceden en los nacimientos y adopciones son imprescindibles para conciliar la vida familiar y laboral de todas las personas, mujeres y hombres, pero especialmente de las mujeres ya que sobre ellas recaen las consecuencias negativas que para el acceso al trabajo o mantenimiento de su profesión tiene la maternidad; y también son esenciales para la mejor calidad de cuidados de los bebés.

Existen tres pilares básicos en la Constitución española en relación con el asunto que nos ocupa: el artículo 14, que consagra la igualdad y prohíbe la discriminación; el artículo 35, que dispone el derecho al trabajo y el deber también de realizarlo, así como el derecho a la promoción y a una remuneración; y el artículo 39 que asegura la protección de la maternidad y la infancia y el deber de los padres y madres de cuidar a su prole. Estos tres pilares constitucionales sirven de fundamento a la proposición que pretende modificar la legislación laboral y de la seguridad social para conseguir que padres y madres puedan participar de la crianza de hijos e hijas y, a su vez, que la corresponsabilidad pueda lograrse en el sistema jurídico y político español.

24 Yolanda Gómez Sánchez, *Derecho constitucional europeo* (Madrid: Sanz y Torres, 2008), 65-67; y también para derechos reproductivos, véase Yolanda Gómez, *El derecho a la reproducción humana* (Madrid: Marcial Pons, 1994).

25 Ana Marrades Puig, *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, (Valencia: Servei de Publicacions, Universitat de València, 2002).

26 Marrades Puig, "Los nuevos derechos sociales"...

La Plataforma de Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PIINA)²⁷ lleva tiempo planteando una proposición de ley con el objeto de reformar el sistema de permisos por nacimiento con fines de adopción y acogimiento, configurando estos como iguales, intransferibles y remunerados al 100 % de la base reguladora para cada progenitor(a), independientemente de su sexo y tipo de familia. La mencionada plataforma considera que, junto con un sistema de servicios públicos de calidad y horarios racionales, este sistema de permisos es la vía para que ambos progenitores(as) puedan ejercer convenientemente sus deberes de cuidado y manutención.

Así, la reforma se propone

mejorar la protección a la infancia, al tiempo que garantizar los derechos de todas las personas adultas a compatibilizar el empleo de calidad con la maternidad/paternidad. Todo ello sin perder sus ingresos y sin verse privadas del disfrute de su vida personal y familiar. De esta manera, se simplifica y ordena el desarrollo legislativo del derecho a cuidar y a recibir cuidado, eliminando las disfunciones existentes hasta ahora en la legislación al respecto y, singularmente, evitando la subrogación de derechos que han de ser individuales. Para ello se tienen en cuenta las evidencias científicas encontradas acerca de los efectos de las distintas medidas de conciliación implementadas hasta la fecha; tanto en España como en todos los demás países de nuestro entorno.

En la XII Legislatura en España se han presentado varias proposiciones de ley para conseguir permisos iguales e intransferibles y el Decreto Ley 6 de 2019, de 1.º de marzo incluye una previsión de ir igualando los permisos de maternidad y paternidad de manera que ambos progenitores tengan los mismos permisos con el fin de impulsar la corresponsabilidad.

Ahora resulta muy necesario examinar minuciosamente las consecuencias y el impacto de este nuevo sistema con el fin de respetar al máximo los derechos de las mujeres. Como propuesta de mejora sin duda habría que plantearse la prolongación de los permisos, sin recortar en ningún caso los de titularidad exclusiva de la madre, sin borrarla como sujeto específico de la maternidad²⁸.

27 Puede consultarse en <https://igualeseintransferibles.org/> (22 de agosto de 2018). La PIINA es una plataforma ciudadana para conseguir los permisos parentales iguales e intransferibles.

28 Ana Marrades Puig, "Discriminación por embarazo o maternidad, capítulo vi", *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3 de 2007*, Asunción Ventura Franch, Santiago García Campá (Aranzadi, 2018).

Es evidente que la maternidad es una situación específica que repercute negativamente en la actividad laboral de la mujer; desde el embarazo, pasando por el nacimiento, el periodo de lactancia y los primeros años de vida del hijo, incluso durante toda su minoría de edad. La presencia de hijos menores eleva la productividad del tiempo doméstico haciendo más atractiva en términos relativos la ocupación doméstica respecto a las distintas posibilidades de vinculación laboral. Y, en segundo lugar, la producción y crianza de los hijos exige tiempo y, en la medida en que este tiempo sea incompatible con el tiempo de trabajo, tenderá a hacer menos productivo el tiempo de mercado. Si además la maternidad implica un alejamiento temporal del mercado de trabajo, como realmente ocurre, o si es percibido por los empleadores como una pérdida de productividad, llevará a que estos eviten contratar mujeres, o se nieguen a dedicar recursos a la formación interna de mujeres, en definitiva, a que rehúsen a incluirlas en su plan de recursos humanos.

Es en la empresa privada el lugar donde mayor riesgo tienen las mujeres de encontrarse en situación de discriminación por razón de embarazo y de maternidad. Existen prejuicios por parte del empleador acerca de la disminución de la calidad en el trabajo de la mujer embarazada, especialmente después del nacimiento del bebé, por el periodo de baja maternal y los años sucesivos de crianza. Puede que la idea tenga origen en la sospecha de que el embarazo sea problemático y esto signifique más tiempo de bajas, pero también y sobre todo en lo que se refiere a la crianza el prejuicio se halla en la idea preconcebida de que el cuidado de los hijos correrá a cargo de la madre, que es lo que tradicionalmente ha sucedido. Para ello es necesario romper los esquemas y las estructuras patriarcales que fundamentan la idea del cuidado típicamente femenino y como función de las mujeres, por la vía legislativa, que es la que estamos analizando, pero también por la vía de la pedagogía: es necesario transmitir socialmente que el cuidado debe ser universal.

La maternidad y la gestación subrogada: los derechos y las renunciaciones

Resulta pertinente distinguir entre ambos términos, por eso se inició este epígrafe hablando de maternidad y de gestación subrogada, por otro lado, diferenciándolos.

La maternidad conlleva el ejercicio de unos derechos y a su vez comporta determinadas obligaciones de ocuparse del hijo o hija (por nacimiento o adopción).

Cuando hablamos de gestación subrogada (y por eso no me parece adecuado que se denomine maternidad subrogada) no es la maternidad, la que se subroga, es la gestación, es decir, un periodo de aproximadamente nueve meses, que no comporta ningún tipo de relación maternal posterior al nacimiento —si bien sí que existe necesariamente un vínculo físico y emocional entre la gestante y el bebé, que justamente se procura negar para impedir cualquier atisbo de reclamación o de demanda de relación posterior por parte de la mujer gestante—.

Por otro lado, y esto es lo más importante a considerar si estamos hablando de la mujer como sujeto de derechos, la mujer gestante pierde prácticamente todos sus derechos al renunciar a su capacidad de decisión sobre su embarazo o sobre el ser humano que está gestando: renuncia a su filiación, renuncia a la libertad de interrumpir el embarazo, renuncia a poder asumir la maternidad y poderse quedar con el bebé cuando nazca en virtud de un contrato, que es en definitiva la proyección de un sistema que acepta que el cuerpo de la mujer es un instrumento para la satisfacción de los deseos de otras personas que generalmente se encuentran en una posición de dominio. Esta es una manifestación más del sistema patriarcal que se fundamenta sobre la asunción de que el cuerpo de la mujer sirve para la satisfacción de aquellas “funciones” sin las cuales no se sostendría la sociedad: la sexual, la reproductiva y la doméstica.

Cuando se habla de gestación subrogada es importante poner el foco en el término *satisfacción* porque generalmente el “encargo” o “alquiler” del cuerpo de la mujer gestante se suele hacer para satisfacer el deseo de la paternidad de otras personas, generalmente hombres²⁹, al igual que en la prostitución donde el “alquiler” o el uso del cuerpo de la mujer se hace para satisfacer el deseo sexual de los hombres, a cambio de dinero, por eso estas dos realidades o prácticas siguen los mismos patrones y se asemejan tanto en su naturaleza.

Es difícil calcular el número exacto de personas que se están acogiendo a estas prácticas para ser padres, pero en España son pocas las mujeres o parejas heterosexuales y más los hombres en pareja homosexual. Bajo Arenas³⁰ señala que: “esta práctica viene mayoritariamente demandada por parejas homosexuales

29 Son generalmente hombres porque una mujer (o pareja heterosexual) acude a la subrogación solo *in extremis* cuando ya no hay otras posibilidades, como explica el doctor Bajo Arenas a continuación.

30 José Manuel Bajo Arenas, “Maternidad subrogada o gestación por sustitución”, *Toko-ginecología práctica* (septiembre-octubre de 2017).

masculinas y hombres solos, ya que hay una incidencia muy baja de causas médicas de ausencia o lesión de útero que indicaran la oportunidad de la gestación por sustitución”.

Las mujeres suelen desear la maternidad buscando justificación en el instinto maternal, sin embargo, tras los estudios realizados en torno a ello³¹ cada vez cobra más fuerza la idea de que el instinto maternal es una construcción social. Aunque es un deseo de la mayoría de las mujeres, no todas tienen instinto maternal. Incluso se afirma que este deseo en ocasiones es el resultado de una presión social que exige a las mujeres desempeñar la función maternal.

Por lo que se refiere a los hombres, “la procreación se asocia al poder”, como explica Tubert en *Figuras del padre*³².

El principio de lo femenino-materno suele reducirse a la materia, a la pasividad, el principio de lo masculino-paterno se presenta como generador por excelencia. La mística de la paternidad se ocupa de la representación mítica del padre que fundamenta nuestra cultura. El pensamiento occidental es asimétrico entre maternidad y paternidad: el primero se naturaliza y el segundo se eleva a la categoría de principio espiritual³³.

En la cultura actual —y por supuesto anterior— se sigue ofreciendo el hijo biológico como ilusión de plenitud para la mujer, de estado de felicidad que hace plena su feminidad. Respecto al hombre, se sigue promoviendo la exigencia que le atribuye al deber de preservar y sustentar económicamente la especie³⁴.

Cuando el deseo no se materializa se producen situaciones de angustia y sufrimiento que conducen a la intervención médica para ofrecer soluciones al problema, de manera que la infertilidad se convierte en un fallo de la naturaleza o enfermedad que requiere curación³⁵. Las técnicas de reproducción asistida pueden ayudar a lograr la maternidad/paternidad biológica, sin embargo, la gestación subrogada no es una técnica de reproducción asistida, es una práctica que se sirve

31 Elizabeth Badinter, *¿Existe el instinto maternal?* (Barcelona: Paidós, 1991); *La mujer y la madre* (Madrid: La Esfera de los Libros, 2011).

32 Silvia Tubert, *Figuras del padre* (Madrid: Cátedra, 1997), 31 y 9.

33 Ibídem.

34 C. Alda, R. Bayo-Borrás, N. Camps, G. Cánovas Sau, M. Sentís, y E. Sentís, “Maternidad y TRA: una perspectiva psicoanalista”, *Figuras de la madre* (Madrid: Cátedra, 1996), 289-290.

35 Ibídem, 290-291.

de las técnicas de reproducción asistida para prosperar. Por otro lado, no todo lo científicamente posible es legítimo: utilizar como instrumento el cuerpo de otra mujer para la satisfacción de los deseos propios es contrario a la dignidad de las mujeres, más si es mediante un contrato y el intercambio de un precio. Según el derecho civil español solo una cosa o un servicio puede ser objeto de un contrato y un bebé no es una cosa ni tampoco la gestación puede ser considerada un servicio.

La regulación altruista es el único argumento que podría paliar en cierta forma la vulneración de la dignidad, aunque no estaría exenta de críticas, especialmente si existe algún tipo de compensación económica.

No [...] parece ni moral ni éticamente reproable que una mujer pudiera de forma libre y altruista y por lazos de amistad o parentesco muy próximos gestar un bebé para otra mujer (hija, hermana..., al margen los conflictos que luego pudieran suscitarse sobre el reconocimiento o las vivencias emocionales que de ello pudieran derivarse), siempre que estuviese clara la filiación. Según [el ordenamiento jurídico español] vigente la madre es la que pare³⁶.

La Ley 14 de 2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida se refiere en su artículo 10 a la gestación por sustitución disponiendo que:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Y 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

La tendencia a regular la gestación subrogada conlleva a modificar la normativa vigente en materia de filiación. Como antecedente se tiene el proyecto de ley presentado en España³⁷, en el que, si bien no se permite que haya un vínculo de consanguinidad entre la madre gestante y los comitentes, sí prevé el altruismo. Este supuesto es complejo ya que no es probable que ninguna mujer esté dispuesta a arriesgar su vida y salud física y emocional sin recibir una contraprestación a menos que tenga vínculos con los comitentes —como el caso portugués—, o que

36 Ana Isabel Marrades Puig, "El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 30 (2017): 153-177.

37 El partido político Ciudadanos, 27 de abril de 2017.

se acuda al eufemismo³⁸ de la remuneración económica (artículo 5.1). Evento en que desaparece el altruismo. Por ello se propone que cuando se prevea el altruismo se regule armónicamente con los vínculos consanguíneos.

La compensación económica abre la posibilidad de mayor oferta.

Quien defiende la subrogación altruista presuponiendo que es la mejor forma de evitar que se lleve a cabo la comercial en otros países no está considerando seriamente la realidad: de nuevo el problema sería la falta de oferta frente a la demanda que se pudiera generar, no habría gestantes disponibles por lo que se seguiría acudiendo a otros lugares.

Además, como explica Kajsa Ekis³⁹ “ambas son indignas para las mujeres, las reduce a contenedores. La gestación subrogada altruista funcionaliza la maternidad, incluso aunque no la comercialice, el embarazo se convierte en una función al servicio de otros, vulnerando derechos de las mujeres gestantes”.

A continuación, se presentan los derechos que podrían ser vulnerados⁴⁰ y de qué manera se vería afectada la condición de sujetos de derechos de las mujeres gestantes:

Renuncia a la filiación

La renuncia a los permisos de maternidad⁴¹ u otros derechos derivados de la condición de esta se han considerado un obstáculo en la conquista de los derechos de las mujeres y más aún si hablamos de la renuncia a la filiación. La ley portuguesa “asegura la irrevocabilidad del consentimiento prestado en el convenio de gestación por sustitución [...] y minimiza las cuestiones de sentimentalismo de la mujer gestante respecto del niño así nacido”⁴². Así, Vela celebra la medida que hace posible la renuncia de la filiación de la mujer gestante y la irrevocabilidad

38 Victoria Camps, 4 de marzo de 2017. <http://nosomosvasijas.eu/?p=1238>

39 Kajsa Ekis Ekman, *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación* (Bellaterra: Barcelona, 2017), 203.

40 El estudio de los derechos vulnerados en la gestación por sustitución forma parte de otro trabajo más extenso y específico sobre la gestación subrogada: Ana Marrades Puig, “El debate sobre gestación por sustitución en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 30 (2017), 153-177.

41 Beatriz González, “Políticas y bajas de maternidad ¿predicar con el ejemplo?”, *Mujer Hoy* n.º 512 (2009), 14-15.

42 Antonio Vela Sánchez, “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa n.º 25 de 2016, de 22 de agosto”, *Diario la Ley* (n.º 8868, 22 de noviembre de 2016), REF. D-407, Wolters Kluwer).

del consentimiento para que una mujer que lo ha expresado no tenga la facultad de retractarse. Sin embargo, esta medida lesiona claramente los derechos de la mujer gestante.

En España la legislación es clara en tanto que la madre es la mujer que da a luz. Sin embargo, se encuentra el artículo 45 de la Ley 20 de 2011, modificado en 2015⁴³, que señala: “la renuncia al hijo en el momento del parto”. Cabe pensar que se trata de una desafortunada redacción más que de una posibilidad legal porque no se puede renunciar a un hijo y mucho menos en el momento del parto. Toda vez que la renuncia tendría que producirse antes (en el momento de la transferencia embrionaria, en caso de que fuera legal la gestación subrogada) o después del nacimiento tal y como sucede en el procedimiento de la filiación adoptiva a las seis semanas después del parto. Bajo estos supuestos, no se podría renunciar ni a la maternidad ni a la filiación⁴⁴, hasta que no se lleve a cabo la adopción. El debate de la renuncia a la maternidad por parte de la gestante (aunque fuera solo al parir) generaría, en palabras de Luis Muñoz de Dios Sáez⁴⁵ “una revolución del derecho de familia” que implicaría otros interrogantes, por ejemplo, si pudiera hacerse tiempo después, o si también el hombre pudiera renunciar a su paternidad. Por consiguiente, si la adopción es irrevocable (art. 180.1 del Código Civil) también lo es la filiación por naturaleza, de lo contrario podríamos estar ante un caso de abandono de familia.

Por un lado, no puede referirse a la adopción porque la parturienta tiene que esperar seis semanas para asentar, por lo que no tiene sentido que esta renuncia se resuelva en el parto; por otro, tampoco parece que se esté refiriendo (dando otro extraño rodeo) a la maternidad subrogada, donde hay una renuncia traslativa a favor de los comitentes, que es previa a la gestación y al parto, pero no en el momento del parto y, además, no está permitida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que aunque no esté expresamente prohibida, el contrato sería nulo y no produciría efecto alguno.

el art. 8, 3.º, segundo inciso LPMA contiene la advertencia expresa de que no puede “la gestante de sustitución, en ningún caso, ser la donante de cualquier ovocito utilizado en el concreto procedimiento en que es participante”.

43 Ley 20 de 2011, reformada por Ley 19 de 2015 (que no entra en vigor de forma completa hasta el 30 de junio de 2017).

44 Rafael Verdera Server, *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 73.

45 Luis Muñoz de Dios Sáez, “Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º 65, 2016)

En todo caso la gestación subrogada no es legal en España, aunque existen subterfugios para realizarla y esta vía de la renuncia podría ser una manera bastante torticera de conseguirla⁴⁶. La renuncia a un hijo no es posible más que para asentar en adopción tras el periodo legal establecido, en los demás casos la renuncia a la filiación es más bien un retroceso para los derechos de las mujeres, que es lo que ocurre cuando una mujer firma un contrato de gestación subrogada.

Como ya explicamos,

el Tribunal Supremo español ya hizo referencia (STS 247 de 2014) a que “la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho, del contrato de gestación por sustitución”. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto (art. 10, LTRHA), quedando a salvo la acción de paternidad. Si se modifica el precepto legal de filiación materna por nacimiento habría que tomar en consideración otras muchas variables, entre ellas los derechos de las mujeres y su dignidad, por eso el T. S. reconoció su alteración contraria al orden público⁴⁷.

Los derechos de las mujeres gestantes a la integridad física y moral

Toda gestación entraña una serie de riesgos físicos para su salud, además, en el caso de la gestación por sustitución la mujer gestante se halla ante graves riesgos para su salud, no solo física, sino psicológica. No puede negar que entre la gestante y el embrión se establecen vínculos afectivos, sin embargo, en el caso de las gestaciones por contrato, se da con frecuencia la imposición de terapias psicológicas para aprender a separarse del futuro bebé. Les imponen no pensar en él como de su sangre sino de los contratantes. Las “terapias psicológicas” (por así llamarlas) que se ordenan para evitar la conexión emocional son drásticas, porque para evitar el sufrimiento “hay que disociarse y pensar que el niño está destinado a otra persona”⁴⁸.

46 Más bien, “que la madre haya renunciado a la maternidad no significa que no sea necesario su asentimiento a efectos de adopción, que solo podrá prestarse tras seis semanas transcurridas después del parto”. Rafael Verdera, *La reforma de la filiación*, 73

47 Ana Marrades Puig, “El debate sobre gestación por sustitución en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n.º 30 (2017): 167.

48 Kajsa Ekis Ekman, *El ser y la mercancía*, 214 y 215.

Lo cual se ve aunado al acto agresivo de hacer que la gestante renuncie a la filiación desde la transferencia del embrión. Tal vez, la mujer consiente “libremente” cuando suscribe el contrato, pero después de la gestación y los consecuentes cambios físicos y anímicos, al término del embarazo podría haber cambiado de opinión. La propuesta de la SEF⁴⁹ para su regulación, por ejemplo, consiste en que “en ningún caso podría la gestante negarse a entregar al recién nacido a la pareja subrogada”. El bienestar psicológico y emocional de la mujer que gesta puede verse seriamente perjudicado si se ha experimentado un sentimiento de cariño hacia la bebé o el bebé, por eso las clínicas que gestionan estas prácticas cuentan con técnicas de control de las emociones para inhibir el sentimiento de vínculo.

En recientes investigaciones se suele advertir que durante el embarazo se transmite carga genética⁵⁰, a través de una molécula específica del líquido endometrial que puede modificar genéticamente al embrión. Así, aunque la gestante no haya aportado su óvulo, sí podría transmitirle su carga genética al feto durante la gestación⁵¹.

Por eso hay madres que no comparten ADN con su hijo(a) (por ejemplo, al gestar un embrión por donación) y sin embargo tienen rasgos físicos similares. Esto demostraría además del componente emocional, el componente físico que une a la madre gestante con el bebé que enfatizaría todavía más la dificultad para la disociación⁵².

En segundo lugar, y no por ello menos importante, hay que hacer frente a los riesgos físicos que puedan derivarse.

En toda gestación, el organismo materno cambia drásticamente para que el feto pueda desarrollarse y crecer sin problemas. Se crean nuevos órganos y estructuras, como la placenta, la bolsa amniótica o el líquido que protege al bebé. La placenta sirve

49 Sociedad Española de Fertilidad, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, coord. Núñez, Feito y Abellán, abril de 2016.

50 Ana Marrades Puig, “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios Deusto* n.º 65 (2017): 228. En este artículo se recoge el trabajo que da origen al presente texto. La referencia del equipo científico que ha llevado a cabo la investigación se encuentra en la siguiente nota a pie de página. También citada en “El debate sobre gestación por sustitución en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n.º 30 (2017): 168.

51 Felipe Vilella, Juan M. Moreno-Moya, Nuria Balaguer, Alessia Grasso, María Herrero, Sebastián Martínez, Antonio Marcilla, Carlos Simón, “Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the implantation embryo and might modify its transcriptome”, *The Company of Biologists Ltd, Development* 142 (2015): 3210-3221.

52 Ana Marrades, ibídem.

para difundir entre la madre y el bebé las vitaminas, minerales, nutrientes y demás elementos que necesita el feto para crecer sano y los productos del metabolismo fetal, reforzándose así todavía más el vínculo entre ambos. En ocasiones, pueden surgir complicaciones que afecten al funcionamiento de estos órganos y para que la gestación siga adelante, el sistema inmunológico, digestivo o sanguíneo se modifica, pudiendo aparecer algunas enfermedades que solo se dan en el embarazo⁵³. Además de los riesgos⁵⁴ derivados de la gestación hay que tener en cuenta los eventuales riesgos del parto o de la cesárea (como mayor riesgo de infecciones, de trombosis de los miembros inferiores o de hemorragias). Se han detectado incluso, contratos que incluyen la exigencia de la cesárea para asegurar el “éxito” del nacimiento⁵⁵.

Todas estas evidencias prueban científicamente que la gestación subrogada afecta los derechos de las mujeres gestantes a la salud y a la integridad tanto física como psíquica.

Libertades de la gestante

La defensa de la regulación y legalización de la gestación por sustitución suele basarse en la libertad de elección de las mujeres.

Se argumenta que una prohibición del alquiler del útero, del cuerpo (o de cualquiera de sus partes)⁵⁶, o una postura en contra de la regulación para legalizar la gestación por sustitución es contraria a la libertad de la mujer que debe poder decidir sobre su cuerpo. Sin embargo, la libertad es lo que la mujer podría perder precisamente al aceptar el encargo de gestar para otros, de acuerdo con los siguientes argumentos⁵⁷:

Primero, la libertad puede verse anulada por una situación de necesidad. Como explica María Luisa Balaguer⁵⁸ “para poder apreciar la libertad de decisión es necesario tener en cuenta la posición que cada persona ocupa en el mercado”.

53 Puede consultarse en <https://www.natalben.com/enfermedades-embarazo>

54 La OMS recoge los riesgos graves frecuentes en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>, y en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.STA.MMRT>, se muestra la tasa de mortalidad materna por cada 100.000 nacidos vivos. Entre los países que hemos tomado como ejemplo, Canadá 7 × 100.000, Estados Unidos 14, Ucrania 24, India 174.

55 Ana Marrades Puig, “El debate sobre gestación por sustitución en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 30 (2017): 169.

56 Esta podría ser una manera de reivindicar la regulación de la prostitución, toda vez que se usa el mismo argumento.

57 Ana Marrades, *ibidem*, 169.

58 María Luisa Balaguer, *Hij@s del mercado* (Madrid: Tecnos, 2017), 178.

Sin contar que existen bienes que no son susceptibles de comercialización, “como nuestros órganos, aunque salven vidas; ni tampoco vender a alguien bajo condiciones de esclavitud a cambio de techo y comida”⁵⁹. Lo anterior se podría defender en un contexto liberal o neoliberal en el que se considere que cada individuo decide por sí mismo y luego, según su esfuerzo, obtiene una posición en el mercado. Sin embargo, “las posiciones de superioridad se fortalecen en el incremento del poder, y la desigualdad aumenta en situaciones de precariedad”⁶⁰. Así, no es suficiente estipular unas cláusulas en las que se presuponga la igualdad de las partes, porque una de ellas es vulnerable por la necesidad.

Segundo, el ordenamiento jurídico no puede amparar la libertad de disposición de un ser humano. Lo que se presentaría si se gesta un bebé con el compromiso de transferirlo tras su nacimiento con el fin de recibir una retribución económica, porque ello implicaría negociar la vida de una persona. Como dice Mar Esquembre: “afirmar que prohibir la gestación por sustitución puede ser una limitación injustificable al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres equivaldría a sostener que las mujeres tienen poder de disposición sobre los seres humanos que paren en uso de nuestra ‘máxima’ libertad”⁶¹.

Tercero, las condiciones de un contrato por el que una mujer se compromete a entregar a su hijo o hija al nacer a las personas que contratan la realización de esta práctica, obviamente limitan la libertad de la mujer. Las cláusulas de algunos contratos establecen condiciones abusivas y lesivas para la salud y la dignidad de las mujeres gestantes. Aunque algunas prevén la posibilidad de interrumpir el embarazo si está en peligro la vida de la madre⁶², es difícil que la mujer gestante pueda negarse a entregar al bebé si se ha firmado un contrato. Según la SEF: “en ningún caso podría la gestante negarse a entregar al recién nacido a la pareja subrogada”⁶³.

59 Laura Nuño Gómez, “Gestación comercial: deseos y derechos”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º 72 (marzo-abril 2017).

60 María Luisa Balaguer, *Hij@s del mercado*, 179.

61 Mar Esquembre, “Subrogar la gestación: además de imposible, es inconstitucional”, *Diario Información* (13 de noviembre de 2017).

62 Puede consultarse en <http://www.worldpulse.com/en/community/users/lulabi-pattanayak/posts/37534> y <http://centrodebioetica.org/2012/07/las-abusivas-clausulas-de-los-contratos-de-alquiler-de-vientre-en-india/> (7 de agosto de 2018).

63 Sociedad Española de Fertilidad, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, coord. Núñez, Feito y Abellán (abril de 2016).

Por otro lado, la regulación mediante contrato es muy compleja⁶⁴ porque el objeto del contrato, necesariamente y de acuerdo con el derecho civil, ha de ser una cosa o un servicio, y ni el ser humano que se gesta es una cosa ni la gestación o el acto de gestar cabe en ninguna de estas dos posibilidades. Otra opción sería una regulación que excluyera la figura del contrato⁶⁵:

existen modelos normativos más restrictivos que excluyen la maternidad subrogada derivada de un contrato y la admiten como acto altruista, solo en determinados supuestos tasados por la ley de relación familiar o vínculo afectivo con los padres intencionales y sujeto a un expediente administrativo o judicial que determine la idoneidad de los intervinientes.

Es legítimo argumentar que la norma no debe ir contra la libre autonomía y capacidad de decisión, pero la libertad de una persona, de una mujer, no puede prevalecer sobre los intereses de un colectivo, en este caso de mujeres que por encontrarse en una situación de necesidad o vulnerabilidad se vean determinadas a consentir someterse a prácticas que lesionan su salud y su dignidad⁶⁶.

Repercusiones en la dignidad de la mujer gestante

A partir de los argumentos anteriores se puede sostener que con esta práctica se afecta la dignidad de las mujeres gestantes.

Si el concepto de dignidad puede fluctuar en el tiempo y en el contexto social, hay dos criterios que pueden prevalecer de forma constante: uno, la dignidad constituye el fundamento de todos los derechos⁶⁷, por tanto, si los derechos se ven afectados la dignidad también lo estará; y dos, la instrumentalización de la persona, si la persona es utilizada solo como un medio se estará lesionando su dignidad⁶⁸.

64 En España solo existe una proposición de ley sobre gestación subrogada (presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos: Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, de 27 de abril de 2017). Esta se fundamenta en una propuesta de regulación altruista que prevé la existencia de un contrato de mínimos (artículo 9) en el marco de la ley (artículo 3.d).

65 Puede consultarse en <https://tallerdederechos.com/contrato-de-gestacion-subrogada/>, por Javier González Granado.

66 Puede consultarse en [http://www.icmr.nic.in/icmrnews/art/Agreement%20for%20Surrogacy%20\(%20Form%20J\).pdf](http://www.icmr.nic.in/icmrnews/art/Agreement%20for%20Surrogacy%20(%20Form%20J).pdf)

67 Manuel Atienza Rodríguez, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/>, noviembre de 2017.

68 Ana Marrades, *ibidem*, 173.

Aunque hay autores⁶⁹ que consideran que la mujer no es tratada solo como un medio, sus explicaciones no profundizan ni califican el trato que se le asigna⁷⁰, especialmente si existe un contrato de servicios sea o no remunerado, ya que siempre quedaría pendiente la “funcionalización” a la que aludía Kajsa Ekis⁷¹. El altruismo puede paliar el problema, pero no lo salva porque es un eufemismo siempre que exista compensación; el verdadero altruismo solo es posible cuando entre la gestante y la comitente existe un vínculo de afectividad o consanguinidad.

Por otro lado, la profesión médica afirma que no es tanta la demanda⁷² y, por tanto,

las causas médicas de indicación para la gestación por sustitución son muy pocas (ausencia congénita de útero o malformaciones uterinas, o enfermedades graves o terapias que desaconsejan la gestación) a las que se podrían añadir algunas causas psicosociales como “miedo al parto o comodidad de no pasar un embarazo o no perjudicar una trayectoria profesional”⁷³.

Así, la “incapacidad biológica” para gestar —en definitiva, ser varón— es la causa social más relevante. Sin embargo, el recurso a esta práctica se está generalizando y habría que plantearse qué hay detrás del deseo/necesidad de tener descendencia biológica a toda costa.

Si [se legaliza] el uso o utilización de los vientres o cuerpos de alquiler (como si [se legaliza] la prostitución u otras prácticas que se fundamenten en el aprovechamiento del cuerpo de las mujeres), [se está] proyectando un inequívoco mensaje: el cuerpo de las mujeres se encuentra disponible para lo que siempre ha servido: el mantenimiento de una estructura social fuertemente tratada por un sistema patriarcal cuya

69 Manuel Atienza Rodríguez, “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 63 (2015); y en “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho* (Barcelona: Universitat de Barcelona, 2015); con anterioridad en “Reproducción humana asistida: sobre la nueva ley”, *El Notario del Siglo XXI* n.º 9 (2006). También, Manuel Atienza Rodríguez, “El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias”, *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, coord. María Casado (Ciudad de México: Fontamara, 2016), 59.

70 Sobre este aspecto, Ana Marrades “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”, 223.

71 Kajsa Ekis, *El ser y la mercancía*, 203.

72 José Manuel Bajo Arenas, “Maternidad subrogada o gestación por sustitución”, *Toko-ginecología práctica*, (septiembre-octubre de 2017).

73 *Ibidem*.

vigencia se muestra incompatible con un ordenamiento constitucional basado en la dignidad, igualdad y libertad de mujeres y hombres⁷⁴.

Conclusiones

Este estudio ha pretendido mostrar que la cuestión de la maternidad es un tema recurrente y sobre todo pendiente en los estudios de género. El feminismo radical de los años setenta ya contemplaba la maternidad como la carga principal para la consecución de la igualdad y de la democracia plena, ahora en pleno siglo XXI se vuelve a situar la maternidad en el centro de los problemas pendientes para que la mujer sea considerada verdadero sujeto de derechos.

La maternidad es un derecho que comporta obligaciones, principalmente las de la crianza. Sin embargo, la maternidad asociada a la crianza y a las labores de cuidados, en exclusiva, constituye una carga para las mujeres que repercute negativamente en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y, por lo tanto, recorta sus derechos reduciendo así las posibilidades de su incorporación como sujeto de derechos en la vida social y política, o sea, en la esfera pública. Por ello es necesario extender los cuidados por la vía de la corresponsabilidad. En este trabajo se ha tratado de exponer el significado de la propuesta de los permisos iguales e intransferibles como manifestación o ejemplo de una de las vías posibles para incorporar a los hombres a la crianza en virtud del principio de igualdad y aminorar así la carga que la maternidad pudiera conllevar para otros derechos de la mujer.

Por otro lado, se ha tratado de abordar la maternidad desde otra perspectiva; la gestación por encargo, que puede afectar los derechos de las mujeres gestantes. En este caso, la mujer gestante pierde parte de su libertad, renuncia a parte de sus derechos, incluso ve lesionados gravemente algunos fundamentales al aceptar las condiciones de un contrato por el cual cede gran parte de su libertad y arriesga su salud ante una situación muy probablemente de necesidad. Es por ello que, en este caso, la maternidad pone en tela de juicio la consideración de la mujer como sujeto de derechos.

74 Ana Marrades Puig, "El debate sobre gestación por sustitución en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n.º 30 (2017): 174-175.

Referencias

- Alda, Carmen, Bayo-Borrás, Regina, Nuria Camps, Gemma Cánovas Sau, M. Sentís y E. Sentís. “Maternidad y TRA: una perspectiva psicoanalista”. En *Figuras de la madre*, dirigido por Silvia Tubert, 289-290. Madrid: Cátedra, 1996.
- Amnistía Internacional, Greenpeace y Oxfam-Intermón, “Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos”, docplayer.es/10177987-una-reforma-constitucional-para-blindar-los-derechos-humanos.
- Atienza Rodríguez, Manuel. “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”. *El Notario del Siglo XXI*, n.º 63 (2015).
- . “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”. *Revista de Bioética y Derecho*. (2015): 3-11. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/14692/17867>
- . “Reproducción humana asistida: sobre la nueva ley”. *El Notario del Siglo XXI*, n.º 9 (2006).
- . “El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias”. En *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, coordinado por María Casado. Ciudad de México: Fontamara, 2016.
- Badinter, Elizabeth. *¿Existe el instinto maternal?* Barcelona: Paidós, 1991
- . *La mujer y la madre*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2011.
- Bajo Arenas, José Manuel. “Maternidad subrogada o gestación por sustitución”. *Toko-ginecología práctica*, septiembre-octubre 2017.
- Balaguer, María Luisa. *Hij@s del mercado*. Madrid: Tecnos, 2017.
- Camps, Victoria. 4 de marzo de 2017. <http://nosomosvasijas.eu/?p=1238>
- Crespo, María. “Familia y dependencia. Nuevas necesidades. Nuevas propuestas”. En *La protección de las personas mayores*, coordinado por Carlos Lasarte Álvarez, María Fernanda Moretón Sanz, Patricia López Peláez. Madrid: Tecnos, 2007.
- De Lucas, Javier y María José Añón. “Necesidades, razones, derechos”. *Doxa*, 7, 1990.
- Durán, M. Ángeles. “Más allá del dinero: la economía del cuidado”. Discurs d’Investidura Honoris Causa per la Universitat de València, 9 de maig, de 2012, Universitat de Valencia, 2012.
- . *La riqueza invisible del cuidado*. Valencia: Universitat de València, 2018.
- Ekis Ekman, Kajsa. *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Bellaterra, 2017.
- Esquembre, Mar. “Una Constitución de todas y todos. La reforma constitucional desde una perspectiva de género”. *Gaceta Sindical, Reflexión y Debate*, nueva etapa, n.º 23 (2014).

•La mujer como sujeto de derechos: la maternidad en el centro de la polémica •

- . “Las mujeres ante el cambio constitucional. Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una reforma constituyente de la Constitución española”. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, n.º 1 (2016).
- . “Subrogar la gestación: además de imposible, es inconstitucional”. *Diario Información*. <https://www.informacion.es/opinion/2017/11/12/subrogar-gestacion-ademas-imposible-in-constitucional-5857507.html>
- Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación. *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 2003.
- Ferrajoli, Luigi. “Derechos sociales y esfera pública mundial”. En *Los derechos sociales en el estado constitucional*, coordinado por J. Espinoza de los Monteros y J. Ordóñez. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Figueruelo Burieza, Ángela. “Introducción de la perspectiva de género en el derecho penal”. En *Igualdad: retos para el siglo XXI*, coordinado por A. Figueruelo Burieza, M. del Pozo Pérez y M. León Alonso, 61-62. Santiago: Andavira, 2012.
- Firestone, Shulamith. *La dialéctica del sexo*. Barcelona: Kairós, 1976.
- Gómez Sánchez, Yolanda. *Derecho constitucional europeo*. Madrid: Sanz Torres, 2008.
- . *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- González Granado, Javier. “La nulidad del contrato de gestación subrogada. Razones jurídicas”. Taller de derechos (2017). <https://tallerdederechos.com/contrato-de-gestacion-subrogada/>
- González, Beatriz. “Políticas y bajas de maternidad ¿predicar con el ejemplo?”. *Mujer Hoy*, n.º 512 (2009).
- Jónasdóttir, Anna. *El poder del amor: ¿le importa el sexo a la democracia?* Madrid: Cátedra, 1993.
- Mackinnon Catherine. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995.
- Marrades Puig, Ana. *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*. Valencia: Servei de Publicacions, Universitat de València, 2002.
- . “Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional”. *Revista de Derecho Político*, n.º 97 (2016): 209-242.
- . “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”. *Estudios Deusto*, n.º 65 (2017).
- . “El debate sobre gestación por sustitución en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 30 (2017).
- . “Discriminación por embarazo o maternidad, capítulo vi”. En *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, dirigido por Asunción Ventura Franch y Santiago García Campá. Aranzadi, 2018.
- Martínez Sampere, Eva. “Ciudadanía democrática, voluntad política y estado social”. En *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Valencia: Corts Valencianes, 2014.

- Muñoz de Dios Sáez, Luis. “Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto”. *El Notario del Siglo XXI*, n.º 65 (2016).
- Nuño, Laura. “La gestión social del cuidado: nuevos tiempos, viejas reglas”. En *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?* Santiago: Andavira, 2012.
- . “Gestación comercial: deseos y derechos”. *El Notario del Siglo XXI*, n.º 72 (marzo-abril de 2017).
- Overseas Development Institute Report. “Women’s work. Mothers, children and the global child crisis”. Samman, Emma, Elizabeth Marshal Presler, Nicola Jones (marzo de 2016).
- Prieto Sanchís, Luis. *Estudio sobre derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1990.
- Red Feminista de Derecho Constitucional. Declaración de Intenciones de la Red Feminista de Derecho Constitucional. En XII Encuentro, celebrado en Biar el 16 de julio de 2015. Web Red Feminista de Derecho Constitucional.
- Rubio Castro, Ana. “Sujeto, cuerpo y mercado, una relación compleja”. En *De la solidaridad al mercado*. Ciudad de México: Fontamara, 2016.
- Salazar, Octavio. “La diferencia como principio jurídico-político de una nueva ciudadanía”. En *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coord. Manuel Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra, Aranzadi, 2006.
- . *Masculinidades y ciudadanía*. Madrid: Dykinson, 2013.
- Sociedad Española de Fertilidad, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad. *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, coordinado por Núñez, Feito y Abellán (abril de 2016).
- Tobío, C., Agulló, M. S., Gómez, V. y Teresa Martín Palomo. *El cuidado de las personas: un reto para el siglo XXI*. Fundación La Caixa, 2010.
- Tubert, Silvia. *Figuras del padre*. Madrid: Cátedra, 1997.
- Vela Sánchez, Antonio. “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa n.º 25 de 2016, de 22 de agosto”. *Diario la Ley* n.º 8868 (22 de noviembre de 2016) REF. D-407, Wolters Kluwer.
- Ventura, Asunción. *Las mujeres en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999.
- Verdera Server, Rafael. *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Vilella Felipe, Juan M. Moreno-Moya, Nuria Balaguer, Alessia Grasso, María Herrero, Sebastián Martínez, Antonio Marcilla, Carlos Simón. “Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the implantation embryo and might modify its transcriptome”. *The Company of Biologists Ltd, Development* 142 (2015): 3210-3221.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN ESPAÑA: INCIDENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Josefina Alventosa del Río¹

Introducción

Como han constatado la doctrina científica, los profesionales expertos en la materia y el propio colectivo integrado por personas lesbianas, homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI), durante mucho tiempo este colectivo ha sido objeto de actitudes discriminatorias en todos los países “al excluirlos de determinados derechos en los respectivos ordenamientos y al ser objeto de rechazo social, incluso de violencia física”². No obstante, las reivindicaciones de dicho colectivo determinaron que se incorporara de manera expresa el principio de no discriminación por razón de orientación sexual en algunas de las disposiciones legales tanto de carácter internacional como nacional. Sin embargo, en casi

.....
1 Doctora en Derecho por la Universitat de València (España). Profesora titular de Derecho Civil, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universitat de València (España), Premio Extraordinario de Licenciatura y de la Fundación Cañada-Blanch. Directora del grupo de investigación Derechos de la Personalidad y Bioética. Miembro de comités de redacción y consejos editoriales de varias revistas y coordinadora de distintas secciones (*Revista Boliviana de Derecho*, *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, *Revista Española de Drogodependencias*, *Derecho y Salud*, *Revista Multidisciplinar del Sida*). Ha formado parte de comités de organización y científicos de varios congresos y jornadas, y pertenece a diversas asociaciones científicas y organizaciones no gubernamentales, habiendo formado parte de los órganos de dirección (Juristas de la Salud, Aesed, Cesida, Jurisida, FEES, entre otras); asimismo, ha sido miembro de diversos grupos de expertos de los ministerios de Trabajo, Sanidad y de Igualdad. Dirección postal: Departamento de Derecho civil. Universidad de Valencia, Avda. de los Naranjos, s/n, 46022-Valencia (España). josefina.alventosa@uv.es

2 Josefina Alventosa del Río, *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español* (Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008), 26.

ninguna de estas disposiciones, salvo en alguna de modo excepcional, se incluyó de “modo explícito el principio de no discriminación por razón de identidad de género. Si bien, ha habido algunas declaraciones en los organismos internacionales en las que se ha hecho referencia expresa a esta causa de discriminación”³.

A pesar de los avances que se han producido en el reconocimiento de los derechos del colectivo LGBTI, en las primeras décadas del presente siglo, este colectivo no ha visto reconocidos todos los derechos en una gran parte de Estados. Existen todavía un gran número de países donde no se ha realizado el reconocimiento de derechos e incluso, algunos países en donde en sus ordenamientos jurídicos se criminaliza la homosexualidad, en otros subsisten situaciones de discriminación, rechazo y violencia contra las personas LGBTI y, en concreto, contra las personas transexuales, como se ha puesto de relieve por organismos de la Unión Europea y por otros de carácter privado⁴.

España, sin embargo, ha sido uno de los países donde se ha producido el reconocimiento de estos derechos de una manera progresiva en su ordenamiento jurídico, y en diversos ámbitos (constitucional, civil, penal, laboral, administrativo, sanitario), aunque todavía quedan situaciones de cierta discriminación o desigualdad pendientes de ser erradicadas. Así sucede con la identidad de género que ha sido la situación menos reglamentada en este ordenamiento jurídico, aun cuando distintas comunidades autónomas han comenzado a reglamentar esta situación.

A lo largo de la historia se ha constatado por los expertos la existencia de personas homosexuales y transexuales, incluso de personas intersexuales⁵. La *identidad de género* estima la doctrina, es un sentimiento de carácter psicológico, e implica que una persona se siente hombre o mujer, con lo que ello

3 Alventosa del Río, *Discriminación...* Esto se debe a que la discriminación por identidad de género se ha considerado una forma de discriminación por motivos de sexo.

4 Así, el Eurobarómetro de la Unión Europea, “La discriminación en Europa”, en 2012, proporciona datos sobre los casos de discriminación, constatándose que la discriminación por identidad sexual se produce en un 45%; por su parte, Amnistía Internacional ha recogido en el Informe Anual de 2013 los actos de discriminación y violencia a las personas por causa de su orientación sexual o identidad de género en diversos países del mundo; y el Observatorio de Personas Trans Asesinadas, de la Asociación Transgender Europe, ha revelado la existencia de un total de 2.343 casos de asesinatos de personas transexuales entre el 1.º de enero de 2008 y el 31 de marzo de 2016.

5 Vicente Bataller i Perelló, *Historia natural de la transexualidad*, http://www.vicentbataller.com/documentos_1; y Cristóbal Gastó Ferrer, “Transexualidad. Aspectos históricos y conceptuales”, *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace*, n.º 78 (2006): 13-20.

supone de adherirse a ciertas pautas culturales relacionadas con el comportamiento masculino o femenino; a su vez, el concepto *género* sigue subrayando la doctrina, hace referencia a un conjunto de contenidos socioculturales que se atribuyen a las características biológicas que definen al hombre y a la mujer, determinando comportamientos, actitudes y sentimientos masculinos y femeninos; sin embargo, señalan los expertos que el contenido atribuido a dicho género sufre cambios según la época histórica en la que nos encontremos⁶.

La Organización Mundial de la Salud en un primer momento clasificó la transexualidad como un trastorno de identidad sexual. Sin embargo, en la última revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE 11), publicada el 18 de junio de 2018, ha integrado la transexualidad en la lista de “Condiciones relativas a la salud sexual”, refiriéndose a dicha situación con la denominación de “discordancia de género”, señalando que

se caracteriza por una marcada y persistente discordancia entre el género experimentado de la persona y el sexo asignado. Las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas la base para asignar los diagnósticos en este grupo⁷.

Esa discrepancia entre el sexo biológico y el sentimiento de pertenencia a otro género que experimenta la persona es lo que suscita problemas tanto sociales como jurídicos en una sociedad que basa, en principio, la adscripción a uno u

6 Sobre la materia, Carmen Castillo Robles, Teresa Priego Cuadra, Jesús A. Fernández Tresguerres, “El proceso de diferenciación sexual”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, dir. A. Becerra Fernández (Madrid: Díaz de Santos, 2003), 1-18; José Enrique Campillo Álvarez, “Biología del transgenerismo”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, 19-32; Louis J. G. Gooren, “El transexualismo, una forma de intersexo”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, 43-58; Lidia Montoya Videla, “Sexualidad y transexualidad”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, 223-234; y Cristina Garaizábal Elizalde, “Identidad: cuerpo, género y subjetividad”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, 235-244. Conviene hacer hincapié también en que hay una diferencia importante entre el concepto de orientación sexual e identidad de género y que tampoco hay que confundir las conductas o prácticas sexuales con la orientación sexual o la identidad de género. Bataller i Perelló, *Historia natural de la transexualidad*, 3; Rosalía Rodríguez Alemán, “Análisis antropológico de la transexualidad, entre la realidad cultural y la resistencia social”, *Anuario de Filosofía, Psicología y Sociología*, n.º 4-5 (2001): 239-248, en donde se señala que frente a la realidad transexual biológica bipolar occidental, existe una realidad de géneros e identidades múltiples, que se manifiesta especialmente en los transexuales no operados.

7 Sin embargo, el colectivo de personas transexuales no *estaba* completamente satisfecho con esta nueva clasificación, porque, aunque se considera un avance en relación con la situación anterior, se *señalaron* algunas objeciones. Así, Carla Antonelli, diputada del PSOE en la Asamblea de Madrid y activista transexual *calificó* de “paso importante que por fin se da” el cambio de categoría, pero insiste en que lo ideal hubiera sido incluir una definición que mostrara la transexualidad “como una manifestación más de la diversidad del ser humano y reconociera el derecho a la autodeterminación de género”. ElDiario.es (31 de enero de 2017). http://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-trastorno-condicion_0_607189929.html

otro género en el sexo biológico de las personas, con las consecuencias que ello ha conllevado en los distintos ámbitos jurídicos, que afecta también a la esfera familiar.

Contexto jurídico actual del derecho a la identidad de género en el ordenamiento jurídico español

En un principio, la defensa de los derechos del colectivo transexual se realizó juntamente con el colectivo LGB (lesbianas, gays, bisexuales). Dicha defensa comenzó en la última década del siglo XIX, especialmente en Alemania, desarrollándose de manera más activa a partir de 1969, continuando todavía dicha reivindicación. Ello determinó el reconocimiento progresivo de tales derechos en los organismos internacionales y nacionales. Contexto en el cual se debe encuadrar la legislación española.

En el ámbito internacional se deben destacar la Declaración de Jelena Postic en 2004 en Naciones Unidas, en la que se introdujo por primera vez la problemática relativa a la identidad sexual, y la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de la ONU del 18 de diciembre de 2008.

En Europa la preocupación por estas reivindicaciones ha llevado al Consejo de Europa y al Parlamento Europeo a emitir diversas recomendaciones, directivas y resoluciones sobre la aplicación del “principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas LGBT”. En dichos documentos se ha condenado la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, se han abierto políticas de lucha contra esta discriminación y se ha abogado por el establecimiento de protección jurídica a dichos colectivos. Entre estas normas cabe destacar:

La Resolución de 12 de septiembre de 1989 del Parlamento Europeo sobre la discriminación de los transexuales; la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, que incorpora la Declaración de la ONU de 2008 a la normativa europea y las Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI).

Todas estas aprobadas por el Consejo de la Unión Europea el 24 de junio de 2013, a fin de evitar la discriminación fuera de la Unión Europea y asegurar su protección eficaz en sus Estados miembros. Es de especial importancia la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183)⁸.

Por otro lado, también se han producido pronunciamientos judiciales de carácter internacional sobre la identidad de género. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en principio no aceptó las demandas presentadas sobre cambio de sexo, postura contraria a la que adoptaba la Comisión Europea de Derechos Humanos; no obstante, dicha postura varió radicalmente a partir de 1992, pronunciándose a favor del cambio de sexo y rectificación del mismo en las inscripciones registrales.

Por su parte, ha incidido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la protección de los derechos del colectivo transexual, al condenar la discriminación sufrida por dicho colectivo, sobre todo en el ámbito laboral.

Los principios constitucionales y el reconocimiento de derechos en relación con la identidad de género

En España, la norma fundamental del ordenamiento jurídico es la Constitución de 1978, de cuyo texto articulado cabe destacar algunos preceptos que inciden directamente en el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales y transgénero. Entre ellos, el artículo 1, en cuanto establece la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, junto a la libertad, la justicia y el pluralismo político; el artículo 10, en cuanto consagra la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, como fundamentos del orden político y

8 Vid. una relación más detallada de todos estos pronunciamientos en el ámbito internacional y europeo en Alventosa del Río, *Discriminación por orientación sexual e identidad de género*, 53-103; Josefina Alventosa del Río, "Derechos humanos y orientación sexual e identidad de género", en *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, dir. Fernando Rey Martínez (Valencia: PUV-Tirant Lo Blanch, 2015), 736-781; José Díaz Lafuente, "La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea", *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17 (2013): 3 ss.; y Ascensión Elvira Perales, "Transexualidad y derechos", *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17 (2013): 1 ss.

la paz social; el artículo 14, especialmente en cuanto establece el principio de igualdad y no discriminación; y, por último, el artículo 9, en cuanto dispone que los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Es de destacar que el artículo 14, que, como se ha indicado, establece el principio de igualdad y no discriminación, no incluye expresamente la orientación sexual y la identidad de sexo como causas de discriminación en el ordenamiento jurídico; sin embargo, conviene señalar que en dicho precepto se dispone que no cabe ningún tipo de discriminación por razón de sexo, o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, entre otras causas mencionadas en él. La referencia genérica al sexo parece estar asociada al género de las personas y no a su orientación o identidad sexuales.

No obstante, la doctrina⁹ estima que dicha enumeración no agota los supuestos de discriminación existente, sino que solo incluye casos de discriminación concretos señalados en determinados textos del ordenamiento jurídico en el momento histórico en que se publicó la Constitución (sexo, nacimiento, raza, religión, ideología), y que para incluir aquellas otras causas de discriminación no mencionadas expresamente en el citado artículo, este se cierra con una expresión de tipo general en la que se señala que no cabe discriminación alguna por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En este sentido, se manifiesta también el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, en las que señala que dicho artículo no excluye otro tipo de discriminación no incluida entre las señaladas por el mismo (Cfr. Tribunal Constitucional Sentencia 41 de 2006, del 13 de febrero).

En el mismo sentido indica Fernando Rey Martínez que el principio de no discriminación en relación con la orientación o la identidad sexuales se encuentra implícito en el artículo 14, e ínsito en la fórmula genérica final, en donde, sin duda, la situación de ser transexual u homosexual es una condición personal¹⁰.

9 Miguel Rodríguez-Piñero y María Fernanda Fernández López, *Igualdad y discriminación* (Madrid: Tecnos, 1986), 232.

10 Señala Fernando Rey Martínez, “Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17 (2013): 15-16, que “el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual tendría el efecto típico de la igualdad de trato con sus dos corolarios: la prohibición de discriminación directa, es decir, tratamiento jurídico diferente y peor trato por razón de la homosexualidad, y de discriminación indirecta, en cuanto impactan negativamente sobre la minoría homosexual.

Por lo que una legislación represora de estas condiciones en las personas o limitativa de sus derechos iría contra los principios constitucionales de igualdad y no discriminación y contra el derecho de estas personas al trato igualitario (arts. 9.1 y 53.1 CE).

Durante mucho tiempo, tanto en las normas de la UE como en la normativa española, solo se hacía referencia al reconocimiento de los derechos por orientación sexual, sin hacerlo explícitamente a la identidad de género, englobando los problemas derivados de la discriminación en el mismo grupo. Y en muchas ocasiones se consideró que la discriminación por identidad de género era una forma de discriminación por motivos de sexo. No obstante, hay que señalar que no cabe identificar la discriminación por razón de identidad de género y la discriminación por razón de sexo, pues ambas se refieren a sujetos distintos, que proyectan social y jurídicamente conflictos diversos.

De la misma manera, se debe distinguir la discriminación por orientación sexual de la discriminación por identidad de género, debido a las distintas situaciones que contemplan y a la diversidad de problemas que generan. Esto parece haberse corregido en las últimas declaraciones de la UE, y también, en la normativa española más reciente. Así, el marco constitucional de este país se muestra proclive a la promoción y al respeto de los derechos de las personas, y, entre ellos, del derecho a la identidad de género.

La doctrina¹¹ científica estima que el derecho de las personas a la autodeterminación de su propio género, y, en concreto, al cambio de sexo, se encuentra incardinada en el principio al libre desarrollo de la personalidad, que a su vez se vincula con la dignidad humana, ambas recogidas en el artículo 10 CE¹², y que constituye la expresión del derecho a la identidad de la persona, que es un derecho o bien de la personalidad.

Ello fue puesto de relieve en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989, sobre la discriminación de los transexuales, en la que se reconoce el derecho de cada persona a establecer los detalles de su identidad como ser humano, afirmando que “la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo

Además, habría que entender que la prohibición de discriminar obliga tanto a los particulares como a los poderes públicos”.

11 Perales, “Transexualidad y derechos”.

12 En este sentido, Perales, “Transexualidad y derechos”, 3.

de la personalidad deben abarcar el derecho a vivir de acuerdo con la identidad sexual”.

Así se ha reconocido igualmente por el Tribunal Supremo en diversas sentencias¹³, en las cuales el libre desarrollo de la personalidad se acepta como soporte y justificación del cambio de sexo, señalando que implica, dada la prevalencia de los factores psicosociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad (SSTS 19 de abril de 1991, Roj: STS 15880 de 1991, y 6 de marzo de 2008, RJ 2008\4040)¹⁴.

Legislación española sobre identidad de género

En España, y a pesar de la legislación de protección y reconocimiento de los derechos del colectivo transexual, se han suscitado diversos problemas que han tenido su resolución en la jurisprudencia de nuestros tribunales, que se han pronunciado con base en el principio de igualdad y no discriminación existente en nuestro ordenamiento jurídico cuando no había legislación específica que resolviera el asunto¹⁵. Desde el punto de vista social, en la comunidad española se ha constatado la existencia de diversos problemas que han afectado a personas transexuales, especialmente en el ámbito familiar, escolar y laboral¹⁶.

13 Entre otras, SSTS de 15 de julio de 1988 (Roj: STS 9445/1988), 3 de marzo de 1989 (Roj: STS 8991/1989), 19 de abril de 1991 (Roj: STS 15880/1991), 6 de septiembre de 2002 (Roj: STS 5786/2002), y 17 septiembre de 2007 (Roj: STS 5818/2007).

14 Sin embargo, esta posición no es pacífica en la doctrina (María Carmen Gómez Laplaza, “Transexualidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 1 (2004) (parte Estudio, BIB 2004\248, 2004: 9-13), señalándose otros posibles fundamentos: el derecho a la protección de la salud (Jaime Vidal Martínez, “¿Se incluye el ‘cambio de sexo’ (transexualidad) en el ‘libre desarrollo de la personalidad’”, al que se refiere el art. 10.1 de la Constitución española (RCL 1978, 2836)?”, *Revista General de Derecho* (1989): 999, el derecho a la protección física y moral, el derecho a la intimidad personal o el principio de igualdad).

15 Vid. más detalladamente todos estos conflictos surgidos en los distintos ámbitos jurídicos y la jurisprudencia relativa a ellos en Alventosa del Río, *Discriminación por orientación sexual*, 333-370. Por su parte, el Eurobarómetro de la Comisión Europea, en 2012, ha puesto de relieve que “el segundo motivo de discriminación en España es la transexualidad de las personas, y que la discriminación por dicho motivo es de un 53%; asimismo se ha constatado que existe discriminación de las personas transexuales en el ámbito laboral en un 55%; y el Observatorio de Personas Trans Asesinadas, señala que del total citado de 2.343 asesinatos de personas transexuales, 9 se habían perpetrado en España”.

16 Así lo han constatado Juan Manuel Domínguez Fuertes, Patricia García Leiva, María Isabel Hombrados Mendieta, *Transexualidad en España: análisis de la realidad social y factores psicosociales asociados* (Málaga: Universidad de Málaga, 2011), en donde se recoge que “el 48% de las personas transexuales encuestadas

Como consecuencia de esta situación y de la lucha del colectivo de personas transexuales, la identidad de género se ha incorporado en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en ellas en cuenta especialmente esta condición de las personas¹⁷.

Además de la legislación mencionada, reviste especial importancia la Ley 3 de 2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. En esta norma se permite por primera vez y de forma directa el cambio de sexo de las personas en el ámbito jurídico, incluso sin necesidad de cirugía de reasignación sexual ni de administración de tratamientos cuando estos redunden en perjuicio de la salud o edad de la persona que solicita el cambio de sexo; dicho cambio está rodeado de ciertos requisitos para que no se realice de manera indiscriminada y sin base científica; en ella se establecen los requisitos necesarios para acceder a la inscripción de dicho cambio en el registro civil, y se refuerza el derecho a la intimidad de tales personas; se reconoce a las personas que han cambiado de sexo los derechos inherentes a su nueva identidad, así como se mantienen los que dicha persona ostentaba antes de producirse este cambio y que no son incompatibles con su nueva condición. Así pues, en esta norma se ha iniciado el reconocimiento del derecho a la identidad sexual de los sujetos.

No obstante la trascendencia de esta norma para el reconocimiento de la identidad sexual, a la ley se le pueden realizar algunas objeciones. La primera y, quizá, más importante, es que, en realidad, no constituye una legislación integral que verse sobre la diferente problemática que se deriva de las necesidades de este colectivo; tan solo tenía como finalidad posibilitar el reconocimiento jurídico del cambio de sexo efectuado a través de la inscripción en el Registro civil, dejando, por tanto, muchas cuestiones sin resolver¹⁸. La segunda es que en la Ley 3 de

reconocen haber ejercido la prostitución; el 55,9 % señala haber tenido algún tipo de conflicto en el trabajo a causa de su transexualidad, y solo el 22,2 % están empleadas legalmente".

17 V. gr. arts. 22 y 428 del Código penal; art. 44 del Código civil, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo; art. 96.1 de la Ley 36 de 2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; art. 7 de la Ley 33 de 2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

18 Así, entre otras, la existencia de un derecho a la propia identidad sexual y de género, la atención integral de la salud de las personas transexuales, los incentivos a la investigación en el área de la transexualidad, las campañas y acciones de lucha contra la transfobia, la creación de un servicio de asesoramiento jurídico y de apoyo psicológico y social a los familiares y allegados de la persona transexual, y el diseño de una política de discriminación positiva en el empleo y en otros ámbitos jurídicos y sociales.

2007 no se hace mención de los menores transexuales ni de la problemática específica derivada de su situación. En tercer lugar, no se hace referencia tampoco a los extranjeros transexuales y su situación en este ordenamiento. En cuarto lugar, tampoco se hacía referencia a la transfobia ni a una penalización específica en el Código Penal, ni a una consideración especial de estas personas en el ámbito penitenciario. Por tanto, se observa que en ese momento la ley se consideraba insuficiente para resolver todas las cuestiones que quedaban pendientes.

Dadas las cuestiones que quedaban sin resolver y ante la falta de una legislación específica, en España han sido las comunidades autónomas las que han publicado normas sobre la identidad de género; entre las cuales cabe mencionar: en Navarra, se publicó la “Ley Foral 12 de 2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales”; en País Vasco, la “Ley 14 de 2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidades de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales”; en Andalucía, la “Ley 2 de 2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía”¹⁹; en la Comunidad de Canarias, la “Ley 8 de 2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales”; en Madrid, la “Ley 2 de 2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid”; y en la Comunidad Valenciana, la “Ley 8 de 2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana”²⁰.

El contenido de esta legislación regula la actuación de los poderes públicos en la defensa de los derechos del colectivo transexual, estableciendo normas que afectan diversos ámbitos (familiar, laboral, educativo, judicial, entre otros). En

19 Se puede ver un análisis más detallado del contenido de esta normativa en Josefina Alventosa del Río, “La regulación de la identidad de género en las comunidades autónomas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 2 (febrero de 2015): 745-760.

20 A ello hay que añadir las menciones específicas a la transexualidad que se realizan en leyes que regulan con carácter general la protección del colectivo LGTBI, como en Galicia, la Ley 2 de 2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales, y en Cataluña, la Ley 11 de 2014, del 10 d'octubre, per a garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgèneres i intersexuals i per a eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia.

estas leyes también se aborda una serie de medidas contra la transfobia, aunque el contenido de dichas medidas es diferente en cada una de las normas.

Dichas normas, que no son excesivamente extensas en su contenido, se aplican en cada comunidad autónoma a los sujetos empadronados en ella o con residencia en dicha comunidad, que tengan la condición de transexuales²¹.

En toda esta legislación hay que destacar que se reconoce el derecho a la autodeterminación de género. Como consecuencia de ello se reconoce, por tanto, el derecho de las personas transexuales a recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades en todos los ámbitos de su vida (social, sanitario, laboral, educativo, etc.) y, por supuesto, se reconoce el derecho a su identidad de género, libremente determinada, y derivado de ello, los derechos a ser tratada e identificada conforme a dicha identidad, el derecho al ejercicio de su libertad de acuerdo con dicha identidad en los diferentes ámbitos de la vida social, y el derecho de acceso a los diversos servicios públicos que ofrecen las distintas administraciones públicas²².

Uno de los aspectos más importantes en esta legislación obviamente se refiere al ámbito sanitario²³, y también merece destacarse la regulación sobre menores, que incide particularmente en su situación en el entorno educativo.

21 En el artículo 3 de la ley de Andalucía, o en el artículo 4 de la Comunidad Valenciana, se perfila mejor el concepto de transexualidad.

22 Teniendo en cuenta estos derechos, en la Ley de Andalucía se establecen como principios rectores el principio de no discriminación por razón de identidad de género (art. 6) y el principio de confidencialidad de los datos relativos a su identidad y respeto a su privacidad (art. 8). En su virtud, dispone, en los criterios de actuación, que toda norma, reglamentación, procedimiento o actuación de las Administraciones públicas deberán respetar el derecho humano a la autodeterminación de la identidad de género y no podrán limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la libre autodeterminación de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del libre y pleno ejercicio de ese derecho (art. 5.1). En el mismo sentido se pronuncia el art. 3 d la ley de la Comunidad Valenciana.

23 En este ámbito concreto, las diferentes leyes disponen que: "los respectivos Sistemas Públicos de Salud deberán proporcionar los diagnósticos y tratamientos oportunos dentro del propio sistema, garantizando el derecho de las personas transexuales a ser tratadas conforme a su identidad de género, a ser informadas y consultadas sobre su proceso, a ser ingresadas en salas o centros correspondientes a dicha identidad, a ser atendidas por profesionales con experiencia y a que se adopten todas las medidas administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar sus derechos reproductivos, sin discriminación". En todas las leyes se prohíbe el uso de terapias aversivas sobre las personas transexuales y de cualquier otro procedimiento que suponga un intento de anulación de la personalidad de la persona transexual, cualquier otra vejación o un trato discriminatorio, humillante o que atente contra su dignidad personal. Por último, es necesario poner de relieve que, "en materia de atención quirúrgica, esta solo será prestada a personas mayores de edad, y previo informe de recomendación por parte de un/a psicólogo/a especializado/a y con experiencia en transexualidad, así como del endocrinólogo que esté supervisando la terapia hormonal de la persona". Véase con más detalle en Josefina Alventosa del Río, "La

En España, la publicación de estas leyes se ha valorado muy positivamente, sobre todo, desde el colectivo de las personas transexuales, que de esta manera han visto reconocidos muchos de sus derechos y han percibido por parte del legislador y de los gobiernos autonómicos preocupación por su situación y por procurarles cobertura jurídica.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, hay que señalar: en primer lugar, que las normas tienen distinto alcance y contenido, pues en algunas de ellas se profundiza más que en otras en la regulación de las distintas cuestiones.

Para finalizar, como observación general, cabría puntualizar que falta una norma integral de carácter estatal sobre la identidad de género, que aborde la problemática derivada de manera multidisciplinar, de modo similar a como se ha realizado en las citadas normas autonómicas, que se aplique a todo el territorio nacional, y que armonice y complemente la legislación autonómica que está publicándose actualmente.

Incidencia de la identidad de género en el ámbito familiar

En el entorno familiar de las personas transexuales se puede advertir que han surgido determinados conflictos tanto internos, en el seno de la propia familia, como externos, en el seno de la sociedad donde esta se encuentra inserta. Algunos de estos conflictos han tenido respuesta en el ordenamiento jurídico, mientras que otros aspectos todavía quedan por resolverse.

El derecho a la identidad de género en el entorno familiar. Discriminación de la familia por razón de la identidad de género

En el ámbito familiar rige también el principio de respeto a la identidad de género a que todo miembro de la familia tiene derecho en virtud del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, consagrados en el artículo 10 CE. Lo que implica que el grupo familiar, tanto se trate de la familia nuclear como de la familia extensa, tiene la obligación de respetar la identidad de género de cualquiera de sus miembros.

Sin embargo, a pesar de las normas citadas, tanto de la CE como de la legislación estatal y autonómica en defensa de los derechos de las personas transexuales, se han constatado en la realidad social casos de discriminación. Dicha discriminación se ha producido en dos sentidos: por un lado, en el seno de la propia familia, con rechazo de dicha persona por parte de los progenitores o de otros miembros de la familia; por otro lado, dicha discriminación hacia la persona transexual o hacia la propia familia donde la persona transexual está inserta, se ha producido en el entorno social más cercano a la familia, singularmente en el ámbito escolar²⁴.

Como se ha señalado, la Constitución prohíbe, aunque sea indirectamente, la discriminación por razón de identidad de género (art. 14) y otorga una protección especial al grupo familiar que incluye la garantía al punto de vista social, económico y jurídico en el artículo 39, por lo que no cabe discriminación hacia algún miembro de la familia o de la propia familia, so pena de que dicha discriminación reciba la correspondiente sanción.

Como consecuencia de estos principios constitucionales, en las citadas leyes autonómicas que regulan la identidad de género se han establecido una serie de medidas para evitar o contrarrestar actitudes transfóbicas; entre ellas cabe señalar medidas para fomentar por parte de las administraciones públicas el establecimiento de programas para apoyar en el ámbito social a las personas que se encuentren en proceso de cambio de sexo, para evitar discriminaciones y prejuicios por razón de identidad de género, y otras similares, dirigidas al público en general y a colectivos de profesionales concretos, en particular, a los operadores jurídicos.

La celebración de matrimonio por persona transexual

Hasta época reciente se cuestionaba por la doctrina²⁵ la admisibilidad de la celebración de matrimonio por persona transexual.

24 Así, Santiago Agustín Ruíz, *Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos* (Madrid: Universidad Autónoma, 2013), 10-11 y 15, ha puesto de relieve en este estudio que de las personas encuestadas solo un 12,7% afirmó haber sido objeto de algún tipo de comentario ofensivo o haber sufrido algún tipo de agresión verbal, e incluso en estos casos señalaron que eran poco frecuentes. Sin embargo, en el ámbito familiar, un 40,9% había tenido alguna experiencia negativa. Por lo que los investigadores concluyeron que a los españoles les seguía costando más aceptar la homosexualidad en el seno de la familia que en el entorno social.

25 Entre otros, Manuel Albadaejo García, *Derecho civil español*, I (Barcelona: Librería Bosch, 1996): 241-242; Díez del Corral Rivas, "La transexualidad y el Estado civil. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de

Antes de la publicación de la Ley 13 de 2005 sobre matrimonio y de la citada Ley 3 de 2007, ante la falta de una norma que contemplara esta situación de manera concreta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitió que los transexuales que se hubieran sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo pudieran modificar la mención de su sexo en el registro civil; en cambio, se decantó por la inadmisibilidad del matrimonio contraído con personas de su mismo sexo cromosómico, considerando que se trataba de un matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio que no era admitido en el ordenamiento jurídico, y declaraba la nulidad de dicho matrimonio con base en el numeral 4 del artículo 73 del CC, que dispone:

Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: [...] 4º. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento²⁶.

Sin embargo, “la Dirección General de Registros y del Notariado dio un giro absoluto a la cuestión al autorizar el matrimonio de un transexual con otra persona, aunque coincidieran los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes” (resoluciones de 8 de enero —Tol 242130— y 31 de enero de 2001 —RAJ 2001, 5095—), resoluciones que fueron seguidas por distintas audiencias provinciales²⁷.

Esta cuestión, sin embargo, ha quedado zanjada por la publicación de la Ley 13 de 2005, de 1.º de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en el párrafo segundo del artículo 44 que establece: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Este precepto, en consonancia con

marzo de 1980, en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, 1084 y 1086; María Elosegui Itxaso, “Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense”, *Actualidad Civil*, n.º 10/7 (13 de marzo de 1994): 174, 187, 197; Antonio Gordillo Cañas, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil* (enero-marzo de 1989): 4743-4746; Antonio Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho civil, I* (Madrid: Tecnos, 1997): 242-243; Ricardo de Ángel Yagüez, “Transexualidad y cambio de sexo”, *Revista La Ley* (14 de octubre de 1987): 168-169.

26 Así, SSTs de 2 de julio de 1987 (Tol 409977), 15 de julio de 1988 (Tol 1735745), 3 de marzo de 1989 (Tol 1731668) y 19 de abril de 1995 (Tol 1728846).

27 Vid. la cuestión más pormenorizadamente en Alventosa del Río, *Discriminación por orientación sexual*, 336-349, y bibliografía allí citada.

los artículos 10 y 32 CE, garantiza el derecho a contraer matrimonio de cualquier persona, y, por tanto, también de las personas transexuales.

En consecuencia, resulta indiferente en el momento actual el sexo biológico de la persona a la hora de contraer matrimonio. Toda vez, además, que la citada Ley 3 de 2007, de 15 de marzo, ya reseñada, permite la rectificación registral de la mención de sexo, con los requisitos allí citados, pero sin necesidad de que la persona se hubiera sometido a una operación de reasignación sexual, en las condiciones que se señalan, en cuya virtud la jurisprudencia ha admitido el cambio de la mención registral de sexo por prevalencia de los criterios fenotípicos, psicológicos y sociales sobre los puramente cromosómicos²⁸.

No obstante, la cuestión que se plantea es si el matrimonio contraído por persona transexual con otra persona que desconociera el cambio de sexo podría ser declarado nulo en virtud del citado numeral 4º del artículo 73 CC. La línea seguida por la doctrina y por la jurisprudencia es, como se ha indicado, la de admitir dicha nulidad por error en la cualidad esencial de la persona²⁹.

Atribución de la filiación, de la adopción y de la tutela y curatela a persona transexual

En relación con la atribución de la filiación a persona transexual, en el ordenamiento jurídico, y, en particular en el Código Civil, no existe norma alguna que se refiera de manera específica a esta cuestión.

Por tanto, cuando se trate de persona que hubiera tenido hijos antes del cambio de sexo, la filiación de dichos hijos le seguirá siendo atribuida, toda vez que la Ley 3 de 2007, en su artículo 5, establece que la rectificación de la mención de sexo solo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el registro civil y que dicha rectificación permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, aunque, puntualiza que el cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

28 En este sentido, se manifestó la determinante ST de 17 de septiembre de 2007 (Tol 1146766), a la que siguieron las SSTs de 28 de febrero de 2008 (Tol 1347129), 18 de julio de 2008 (Tol 1353319) y 22 de junio de 2009 (Tol 1554270).

29 También, José Ramón de Verda, *Derecho civil IV (derecho de la familia)* (Valencia: Tirant Lo Blanc, 2016), 38.

La cuestión se puede plantear en relación con los hijos habidos después del cambio de sexo y correspondiente rectificación registral.

Si en el cambio se ha producido el proceso de reasignación sexual, es muy probable que tal persona solo pueda tener hijos mediante la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en cuyo caso la filiación se determina por virtud de los artículos 8 y siguientes de la Ley 14 de 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; en dicha ley se incluyó la posibilidad para un matrimonio formado por dos mujeres de atribuir la filiación de los hijos nacidos de la mujer gestante, que ha concebido a través de la aplicación de dichas técnicas, a la mujer no gestante previa declaración de esta de que se produzca dicha atribución (art. 6.3), que de suyo ha determinado una diversidad de cuestiones en relación con las personas de orientación sexual diversa³⁰. Por otra parte, también queda por resolver los supuestos de doble paternidad a través de contrato de gestación por sustitución efectuado en países donde se permite esta situación, pues en la legislación española se prohíbe dicha posibilidad³¹. Esta posibilidad que permite la Ley 14 de 2006 de poder recurrir a las técnicas de reproducción asistida viene subrayada por la citada legislación autonómica sobre identidad de género que garantiza expresamente a las personas transexuales o transgénero la posibilidad de recurrir a la aplicación de estas técnicas y, en su virtud, la posibilidad de atribución de la filiación derivada de tales técnicas, con los requisitos establecidos en dicha ley.

Si, por el contrario, no se ha realizado proceso de reasignación sexual y los órganos reproductivos siguen estando activos en la persona que ha cambiado de género, naciendo un hijo de ella, no existe norma que deniegue la atribución de la filiación a dicho sujeto progenitor³².

30 Se ha señalado por la doctrina que la regulación de la atribución de esta filiación es discriminatoria respecto a las parejas heterosexuales y resulta deficiente. Es discriminatoria en cuanto se exigen mayores requisitos formales para las parejas formadas por dos mujeres que para las parejas heterosexuales, y es deficiente en cuanto no encuentra un desarrollo pleno en relación con los distintos efectos que se pueden producir, y, además, no contempla la filiación de parejas de hecho del mismo sexo. Carmen Callejo Rodríguez, "La llamada doble maternidad por 'naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *Diario La Ley*, n.º 8240 (30 de enero de 2014, año xxxv): 3.

31 Hay que tener en cuenta que la STS 835 de 2013, del 6 febrero (RJ/2014/833) ha dictaminado en contra de la inscripción de dicha filiación a favor de los dos padres pues considera que va en contra de un principio de orden público, aunque pondera el interés de los menores.

32 En la realidad social se han dado ya varios casos en este sentido. En España es conocido el caso de Rubén Noé, quien estuvo sometido a tratamientos hormonales pero no se cambió de sexo y mantuvo los órganos reproductores

En relación con la adopción por persona transexual, no existe tampoco en el Código Civil una norma que contemple la situación de modo concreto. El artículo 175 del cc permite la adopción a parejas matrimoniales y no matrimoniales y por personas individuales, sin referencia alguna a su orientación sexual o identidad de género. Por tanto, nada obsta para que una persona transexual o transgénero acceda a la adopción de menores, siempre que cumpla los requisitos exigidos por la ley, y el juez aprecie que es en interés del adoptando y la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad (art. 176.1 cc)³³. En la legislación autonómica sobre identidad de género se garantiza que, en la valoración de la idoneidad en los procesos de adopción y acogimiento familiar, no exista discriminación por motivo de identidad y/o expresión de género, y se señala que en los centros de menores se trabajará la diversidad familiar con el fin de garantizar que los menores que sean susceptibles de ser adoptados o acogidos sean conocedores de la diversidad familiar por razón de identidad o expresión de género.

Por lo que se refiere al nombramiento de persona transexual o transgénero como tutor o curador, tampoco existe norma que se refiera a esta situación en particular al disponer quiénes pueden ser tutores (arts. 234 y 235 cc), ni esta condición figura como causa de exclusión de la tutela (243 a 245 cc). Por tanto, nada excluye que dichas personas puedan ser nombradas tutores o curadores. De hecho, se han producido nombramientos de tutores a personas transexuales³⁴.

femeninos, y, tras someterse a una fertilización con óvulo propio y esperma de un donante anónimo, se quedó embarazado. Sin embargo, esta situación fue criticada por el propio colectivo que estimaba que dicha decisión supone una contradicción, así como de algunos profesionales médicos y otros agentes sociales y religiosos que cuestionan la eticidad de esta situación (Juan Diego Quesada, *Diario El País*, 29 de marzo de 2009, https://elpais.com/diario/2009/03/29/sociedad/1238281209_850215.html, acceso 20 de noviembre de 2017). Ha habido otros casos en el mundo: es famoso el caso muy reciente de Trystan Reese, un hombre transgénero residente en Portland (Oregón, EE. UU.), que dio a luz a un niño, concebido con su marido, Biffa Chaplow, el 14 de julio de 2017, o de Fernando y Diane, la primera pareja de transexuales que tuvo un hijo en Ecuador en 2016, o de Thomas Beatie, el transexual estadounidense que conmocionó al mundo con su primer embarazo en 2008.

33 En España fue famoso el caso de Manolita Chen, una mujer transexual que en la década de los ochenta se le dio en adopción una niña de tres años y medio, con un soplo en el corazón y que padecía el síndrome de Down, y a la que más tarde también se le concedió la adopción de dos niños con síndrome de Down: *Diario El País*, 29 de marzo de 1985. https://elpais.com/diario/1985/03/29/ultima/480898801_850215.htm (acceso 20 de noviembre de 2017).

34 En este sentido, se puede consultar la SAP de Sevilla de 14 de junio de 1999 (AC 1999\851), sobre constitución de tutela de una menor de once años, cuya madre había fallecido, en la que se atribuyó la tutela de la menor a la pareja del padre que era persona transexual.

Relaciones paterno-filiales

Dada la posibilidad de la atribución de filiación a persona transexual o transgénero, de dicha atribución se deriva una relación paterno-filial presidida por el ejercicio de la patria potestad en beneficio e interés de los menores (art. 154 cc). Dicha patria potestad se puede ejercer conjuntamente por ambos padres o, en situaciones de crisis matrimoniales, por aquel que tenga atribuido tal ejercicio (arts. 156, 159 y 92 cc).

Tampoco existe norma específica en el cc que se refiera a la relación paterno-filial cuando el progenitor es persona transexual o transgénero, pero no hay norma que impida dicha relación y el correspondiente ejercicio de la patria potestad, inclusive en los casos de crisis familiares. Por tanto, los progenitores transexuales siguen sometidos al mismo régimen de atención y deberes con respecto a sus hijos y, consiguientemente también, de derechos, entre ellos, el derecho a relacionarse con sus hijos (así parece deducirse del art. 5 de la Ley 3/2007).

También se desprende del artículo 160.1 cc en materia de patria potestad que dispone que los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que excepcionalmente se disponga otra cosa por resolución judicial en interés del menor³⁵.

Especial referencia a la situación de los menores transexuales en el ámbito de la familia

La situación jurídica de los menores transexuales ha sido la más descuidada en el ordenamiento jurídico español, un ordenamiento que se caracteriza por su extensa legislación, estatal y autonómica, de protección a los menores. No obstante, ello se ha corregido en la citada legislación autonómica sobre identidad de género, en donde se ha prestado especial atención a dichos menores, regulando singularmente su situación en el ámbito escolar y sanitario.

En el entorno familiar, como en otros, se debe tener en cuenta que el interés superior del menor es el criterio que debe primar sobre cualquier otra

35 En este sentido, la STC 176 de 2008, de 22 de diciembre (Tol 1416108), aplicó este criterio valorando más el interés de los menores que el de la persona transexual, pues consideró constitucional la restricción del régimen de visitas concedido inicialmente al padre, que se había sometido a una cirugía de reasignación sexual, basándose en los informes periciales psicológicos en los que se ponían de manifiesto la existencia de riesgos relevantes para la integridad psíquica del hijo debido a la inestabilidad emocional del recurrente; resolución que fue confirmada posteriormente por la STEDH de 30 de noviembre de 2010 (Tol 2647876).

consideración³⁶. En dicho ámbito es donde la legislación, constitucional y ordinaria procura dotar al menor de la mayor protección posible. A mayor abundamiento, la legislación autonómica sobre identidad de género reconoce el derecho de los menores trans a la protección y la atención necesarias para promover su desarrollo integral mediante las actuaciones eficaces para su integración familiar y social; asimismo, se establece que se fomentará el respeto y la protección de estos menores, de los miembros de su familia, y se establecerán programas de apoyo a las familias, contemplando de forma expresa medidas de apoyo a la diversidad familiar por razón de identidad y expresión de género.

Una de las primeras cuestiones que se plantean en el ámbito familiar se refiere a la reacción de los padres ante una posible transexualidad de los hijos.

En los estudios realizados por expertos se ha constatado que los padres adoptan actitudes muy dispares. En unos casos, asumen conductas de sobreprotección de los hijos que derivan en la búsqueda de tratamientos y otros recursos que solucionen rápidamente el problema³⁷. En otros casos, actúan con rechazo y discriminación hacia sus hijos transexuales³⁸, produciéndose un alejamiento entre ambos, negándose a que su hijo manifieste su opción de género en el propio grupo familiar, a que se reconozca dicha condición en el medio escolar, e incluso negándose a dar el preceptivo consentimiento informado para los correspondientes tratamientos (hormonales u otros); dicho comportamiento a menudo es refrendado por la familia consanguínea de este progenitor. En otras ocasiones y aun cuando los padres del menor acepten y secunden la condición transexual de este, son los parientes quienes mantienen posturas de rechazo y de alejamiento³⁹.

36 Vid. un análisis más pormenorizado de la situación de los menores transexuales en el derecho español en Josefina Alventosa del Río, "Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española", *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 107 (mayo-agosto de 2016): 153-186.

37 Así, Antonio Becerra-Fernández, María Jesús Lucio-Pérez, José Miguel Rodríguez-Molina, Nuria Asenjo-Araquea, Gilberto Pérez-López, María Frenzi Rabito y Miriam Menacho Románe, "Transexualidad y adolescencia", *Revista Internacional de Andrología* n.º 8 (4), (2010): 70, basándose en los casos de transexualidad prepuberales atendidos en su unidad de TIG.

38 Dicha discriminación se ha puesto de relieve por el citado estudio de Agustín Ruiz, *Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos*, 10-11 y 15.

39 Los expertos recomiendan en estos supuestos una intervención psicológica con la familia para que, en caso de haber un diagnóstico claro de transexualidad, esta asimile y aprenda estrategias de afrontamiento adecuadas que prevengan un deterioro de los vínculos familiares: Becerra-Fernández *et al.*, "Transexualidad y adolescencia", 170.

Es necesario poner de relieve la importancia que tiene desde el punto de vista jurídico la postura que adopten los padres en particular, puesto que dicha postura va a tener consecuencias importantes dado que estos son sus representantes legales y las decisiones que adopten van a repercutir directamente en los menores.

Como se ha indicado, la Constitución otorga una protección especial al grupo familiar, y dentro de este, especialmente a los menores de edad, asegurando la protección integral de los hijos, estableciendo su igualdad con independencia de su filiación y del estado civil de las madres, y la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en todos los casos previstos en la ley (art. 39).

Estas disposiciones se desarrollan fundamentalmente en el Código Civil, en el que se regula la situación de los menores de edad, principalmente en el seno de la familia.

En España, la minoría de edad se extiende desde que el sujeto nace hasta los 18 años, que es la edad en la que el ordenamiento jurídico español establece la mayoría de edad. A los menores de edad, la legislación española no les atribuye una capacidad especial de obrar, sino que dependiendo de la edad y de la situación se les reconocen a los menores la realización de actos válidos, señalando que para los actos que estos no puedan realizar por sí mismos, los padres, o, en su caso, los tutores, ostentan la representación legal de los mismos (arts. 162 y 222 y 267 cc).

La representación legal implica que los padres o tutores deben actuar en nombre de los menores de edad (salvo los casos en que la ley exceptúa su actuación o aquellos en los que, además, requieren autorización judicial; cfr. arts. 162, y 164 y ss., y 267 y 271 cc). Los padres, con carácter general, tienen la obligación, por aplicación del artículo 154 cc, de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes, debiendo ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten si tuvieran suficiente juicio (párr. 4). Similares disposiciones se establecen para los tutores⁴⁰. Conviene hacer hincapié en que en estos preceptos

40 Así, el artículo 216 cc dispone que "Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial"; el artículo 268 cc establece que "Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica"; y el artículo 267 dice que "El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación".

se establece el mandato legal de que la actuación de los padres debe realizarse “en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental” (art. 154.2)⁴¹.

Ahora bien, conforme van cumpliendo años, los menores pueden realizar ciertos actos o negocios de manera eficaz, tomando como referencia el ordenamiento la edad de 12, 14 y 16 años.

En consonancia con ello, los citados artículos 162 y 267 establecen que los actos relativos a los derechos de la personalidad o aquellos otros que pueda realizar por sí mismo el menor según sus condiciones de madurez, quedan sustraídos en principio a las funciones de la patria potestad o de la tutela. Aunque la Ley 26 de 2015 de protección a la infancia y adolescencia ha modificado el artículo 162 añadiendo que “No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”, si bien queda por determinar el alcance y valor de dicha intervención. En este sentido de respetar la voluntad del menor de edad parece que se sitúa la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor, que en su reforma por LO 8 de 2015 mantiene en su artículo 2.1.2 que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

Es preciso concluir de toda esta explicación legislativa que desde el ordenamiento jurídico es de donde se le otorga al menor “el consentimiento” y de este se derivan las condiciones suficientes de madurez que implique no solamente las decisiones sobre el ejercicio de sus derechos, sino además asumir la consecuencia de sus propios actos.

En consecuencia, los padres de un menor transexual están obligados a respetar su dignidad como persona, el libre desarrollo de su personalidad, y sus derechos fundamentales, que, como a todo sujeto, le atribuye el artículo 10.1 de la CE. Y, por tanto, vienen obligados a atender sus específicas y especiales necesidades físicas y psíquicas (tal como subraya el art. 2.2, a, de la LO 8 de 2015). Toda vez, además, que los artículos 162.1 y 2 del CC señalan, como se acaba de ver, que se exceptúan de la representación de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que pueda realizar por sí mismo, según sus condiciones de madurez.

.....
41 El texto de este párrafo ha sido modificado con la redacción que se ha transcrito por la Ley 26 de 2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La decisión sobre el cambio de sexo es una cuestión relativa al derecho a la integridad física y moral de los menores, un derecho fundamental (art. 15 CE) a la par que un derecho de la personalidad, que, como tal, debe ser incluido en el citado artículo 162 CC, en virtud del cual, en relación con los demás preceptos citados, los menores son los que deben tomar las decisiones acerca de dicho cambio y todo lo concerniente a este.

Ahora bien, dado que los menores pueden no tener capacidad suficiente para tomar decisiones por razón de su edad o de sus condiciones de madurez, los derechos de la personalidad deben ser ejercitados por sus padres, toda vez, además, que en el ámbito sanitario la Ley 41 de 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el art. 9.3.c establece que se dará el consentimiento por representación en cualquier actuación en el ámbito sanitario “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, después de haber escuchado su opinión (precepto reformado por la citada Ley 26 de 2015). Y en este sentido los padres o tutores deben actuar en beneficio e interés de sus hijos y no siguiendo su propio criterio personal, especialmente, en todo aquello que se refiere al ejercicio de los derechos de la personalidad del menor.

Por otra parte, hay que recordar que estas decisiones, dado que la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso del otro (art. 156.5 y 6 CC), las deben tomar ambos padres. Y en este caso, el menor transexual se puede encontrar en dos situaciones distintas.

Por una parte, puede suceder que exista discrepancia entre la voluntad del menor y la decisión de sus padres sobre el cambio de sexo, como se ha puesto de manifiesto en la realidad social⁴². Para este supuesto, el artículo 163 CC dispone que

Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el

42 En este sentido, Antonio Becerra-Fernández, María Jesús Lucio-Pérez, José Miguel Rodríguez-Molina, Nuria Asenjo-Araquea, Gilberto Pérez-López, María Frenzi Rabito, Miriam Menacho Románe, “Transexualidad y adolescencia”, *Revista Internacional de Andrología*, n.º 8 (4) (2010): 170, se basan en los casos de transexualidad prepuberales atendidos en su unidad de TIG.

conflicto de intereses existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.

Por otra parte, puede suceder que en la toma de decisiones de los padres con respecto al hijo existan discrepancias entre los propios progenitores. En este caso, el Código Civil establece que cualquiera de ellos puede acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Y si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres (art. 156, párrs. 1 y 2 cc).

Además, el artículo 158.6 cc establece que el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, puede dictar las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas (redacción dada por la Ley 26 de 2015).

Estos preceptos ofrecen a los menores no emancipados transexuales que quieran iniciar un proceso de cambio en su identidad ante la reticencia de sus padres la posibilidad de acudir al juez para que este adopte las decisiones correspondientes, siempre en beneficio del menor. Asimismo, posibilitan al progenitor, que ampara al menor transexual en su decisión, plantear los argumentos que considere oportunos en defensa de la identidad de su hijo frente a la reticencia del otro progenitor, que puede mantener su rechazo no solo al cambio de género de su hijo sino también a la mera manifestación de su género.

En las legislaciones autonómicas no se regula con tanto detenimiento la posición de los padres en relación con las distintas posturas que pueden adoptar, por lo que habrá que aplicar las normas citadas que, con carácter general, regulan la situación de los menores en el entorno familiar; sin embargo, dicha legislación prevé que los progenitores o tutores se nieguen al tratamiento transexualizador, ante lo cual dicha normativa dispone que tales decisiones puedan ser recurridas ante la autoridad judicial, quien deberá atender al beneficio del menor (hay una remisión, pues, a la normativa del Código Civil).

Por otro lado, en dichas leyes se prevé la creación de un servicio de apoyo psicológico y social a familiares y allegados de las personas transexuales,

previsión acertada dada la ignorancia que en muchas ocasiones tienen las familias respecto a la transexualidad de sus hijos.

Conclusiones

El reconocimiento de los derechos de las personas transexuales y transgénero ha sido más tardío que el de otras minorías sexuales. En España se ha ido produciendo dicho reconocimiento a través de la introducción de normas muy concretas en la legislación penal, civil, sanitaria y laboral, y especialmente de la publicación de la Ley 3 de 2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, una norma fundamental en esta materia, aunque se debe señalar que en dicha ley y en las normas introducidas en la legislación ordinaria no se aborda de manera integral la problemática jurídica que se deriva de la identidad de género.

Considerándose insuficientes las normas citadas para resolver todas las cuestiones que se derivan del reconocimiento del derecho a la identidad de sexo. Ante esta carencia legislativa, las comunidades autónomas han iniciado la regulación específica de dichas cuestiones; concretamente, Navarra, País Vasco, Andalucía, Madrid, Canarias y Comunidad Valenciana (de las 17 comunidades que integran España). En dichas leyes se regula la actuación de los poderes públicos en la defensa de los derechos del colectivo transexual y se establecen medidas a adoptar en distintos ámbitos (concretamente, en los de la justicia y de la seguridad, laboral, familiar, sanitario, escolar de la cultura y del ocio), así como se contemplan las situaciones específicas relativas a la juventud y a la infancia. Todas ellas con la finalidad de promocionar la igualdad, visibilidad y no discriminación de dicho colectivo. Estas leyes no son muy extensas, siendo sus contenidos similares, aunque algunas contienen mayores precisiones que otras.

En dicha legislación se hace alguna mención a la familia, pero de modo muy breve y escueto, de manera que en realidad no se aborda la problemática que en la realidad social se ha derivado de la transexualidad en el ámbito familiar.

Tampoco se contempla en la legislación civil ordinaria, especialmente la civil, las cuestiones que han surgido en el entorno familiar.

De modo que se podría concluir que las cuestiones que surjan en el ámbito familiar se deben resolver aplicando la normativa general, especialmente Código

Civil, y la autonómica específica, complementada por los pronunciamientos de la jurisprudencia.

En su virtud, se puede señalar que en el ordenamiento jurídico se permite el matrimonio de personas transexuales, que en la relaciones de filiación no parece que existan limitaciones para atribuir la filiación de un hijo a persona transexual, incluso aunque se trate de filiación adoptiva, y que no existe prohibición respecto al ejercicio de la patria potestad, aunque hay algún caso excepcional en relación con el régimen de visitas, y que la transexualidad no es causa de exclusión respecto a la tutela o la curatela. Sin embargo, queda por abordar de una manera integral la situación de los menores transexuales en el ámbito de la familia, cuestión de importancia trascendental por cuanto las decisiones respecto a sus derechos, al cambio de sexo y tratamiento correspondiente las toman sus representantes legales.

Como conclusión general se puede señalar que en España, y a pesar de la normativa reseñada sobre la identidad de género publicada en las comunidades autónomas, sería necesaria la publicación de una norma de carácter estatal, general y transversal, que integrara todas las cuestiones derivadas de dicha identidad, que armonizara y complementara la legislación autonómica existente y la futura que podría publicarse en dichas comunidades, para que se realice una mayor atención al ámbito familiar y la problemática ínsita en ella.

Referencias

- Agustín Ruiz, Santiago. *Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos*. Madrid: Universidad Autónoma, 2013.
- Albadalejo García, Manuel. *Derecho civil español*, I. Barcelona: Librería Bosch, 1996.
- Alventosa del Río, Josefina. *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.
- . “Derechos humanos y orientación sexual e identidad de género”. En *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, Fernando Rey Martínez, 736-781. Valencia: PUV-Tirant Lo Blanch, 2015.
- . “La regulación de la identidad de género en las Comunidades Autónomas”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 2 (febrero de 2015): 745-760.
- . “Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 107 (mayo-agosto de 2016): 153-186.

- Bataller i Perelló, Vicente. Historia natural de la transexualidad. <http://www.vicentbataller.com/documentos> (acceso 21 de noviembre de 2017).
- Becerra-Fernández, Antonio, María Jesús Lucio-Pérez, José Miguel Rodríguez-Molina, Nuria Asenjo-Araquea, Gilberto Pérez-López, María Frenzi Rabito, Miriam Menacho Románe. “Transexualidad y adolescencia”. *Revista Internacional de Andrología*, n.º 8(4), (2010): 165-171.
- Bustos Moreno, Yolanda. *La transexualidad. De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. Madrid: Dykinson, S.L., 2008.
- Callejo Rodríguez, Carmen. “La llamada doble maternidad por ‘naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”. *Diario La Ley*, n.º 8240 (30 de enero de 2014, año xxxv).
- Campillo Álvarez, José Enrique. “Biología del transgenerismo”. *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, dirigido por A. Becerra Fernández, 19-32. Madrid: Díaz de Santos, 2003.
- Castillo Robles, Carmen, Teresa Priego Cuadra, Jesús A. Fernández Tresguerres. “El proceso de diferenciación sexual”. *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, dirigido por A. Becerra Fernández, 1-18. Madrid, 2003.
- Código Civil español de 24 de julio de 1889.
- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
- De Ángel Yagüez, R. “Transexualidad y cambio de sexo”. *Revista La Ley* (14 de octubre de 1987): 166-169.
- Declaración de Jelena Postic en 2004 en Naciones Unidas.
- Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de la ONU de 18 de diciembre de 2008.
- Díaz Lafuente, José. “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea”. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17 (2013).
- Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI), aprobadas por el Consejo de la Unión Europea el 24 de junio de 2013.
- Domínguez Fuertes, Juan Manuel, Patricia García Leiva y María Isabel Hombrados Mendieta. *Transexualidad en España: análisis de la realidad social y factores psicosociales asociados*. Málaga: Universidad de Málaga, 2011.
- Elosegui Itxaso, María. “Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense”. *Actualidad Civil*, n.º 10/7 (13 de marzo de 1994): 173-198.
- Elvira Perales, Ascensión. “Transexualidad y derechos”. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17 (2013).

•El derecho a la identidad de género en España: incidencia en el ámbito familiar•

- Garaizábal Elizalde, Cristina. “Identidad: cuerpo, género y subjetividad”. *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, dirigido por A. Becerra Fernández, 235-244. Madrid, 2003.
- Gastó Ferrer, Cristóbal. “Transexualidad. Aspectos históricos y conceptuales”. *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace*, n.º 78 (2006): 13-20.
- Gómez Laplaza, María Carmen. “Transexualidad”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 1 (2004) (parte Estudio, BIB 2004\248): 1-39.
- Gooren, Louis J. G. “El transexualismo, una forma de intersexo”. *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, dirigido por A. Becerra Fernández, 43-58. Madrid, 2003.
- Gordillo Cañas, Antonio. “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (enero-marzo de 1989): 303-305.
- Gullón Ballesteros, Antonio. *Sistema de derecho civil, I*. Madrid: Tecnos, 1997.
- Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 41 de 2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 13 de 2005, de 1.º de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 14 de 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida;
- Ley 3 de 2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas,
- Ley Foral 12 de 2009, de 19 de noviembre, de Navarra, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
- Ley 14 de 2012, de 28 de junio, del País Vasco, de no discriminación por motivos de identidades de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
- Ley 2 de 2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía.
- Ley 8 de 2014, de 28 de octubre, de la Comunidad de Canarias, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
- Ley 26 de 2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 2 de 2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid.
- Ley 8 de 2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana.
- Montoya Videla, Lidia. “Sexualidad y transexualidad”. *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, dirigido por A. Becerra Fernández, 223-234. Madrid, 2003.

Resolución de 12 de septiembre de 1989 del Parlamento Europeo sobre la discriminación de los transexuales.

Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183).

Rey Martínez, Fernando. “Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual”. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17 (2013).

Rodríguez Alemán, Rosalía. “Análisis antropológico de la transexualidad, entre la realidad cultural y la resistencia social”. *Anuario de Filosofía, Psicología y Sociología*, n.º 4-5 (2001).

Rodríguez-Piñero, Miguel y María Fernanda Fernández López. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.

Vidal Martínez, Jaime. “¿Se incluye el ‘cambio de sexo’ (transexualidad) en el ‘libre desarrollo de la personalidad’, al que se refiere el art. 10.1 de la Constitución española (RCL 1978, 2836)?”. *Revista General de Derecho* (1989): 987-1029.

EL CONSUMIDOR FINANCIERO: APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO SUSTANCIAL

Eddy Rolando Ramírez Gómez¹

Introducción

Con el presente documento se pretende dar al lector una visión retrospectiva, comparativa y panorámica de la defensa del consumidor financiero, sus relaciones con el resto de la economía y la complejidad de intereses económicos que juegan en la coordinación del mercado de capitales. El lector deberá entender que el interés general, representado en la necesidad de evitar crisis financieras, puede llegar a primar por encima del derecho a acceder a créditos que tiene el consumidor financiero en su faceta de deudor y que, por ello, la defensa del consumidor no puede sacrificar la prudencia en el manejo de recursos de las entidades financieras. En el mismo sentido, se intentará ver que la legislación financiera sirve como método profiláctico contra crisis financieras y, a la vez, debe propugnar porque haya justicia en el trato del sector financiero para con los consumidores de sus productos.

Para lograr lo anterior se hará una reconstrucción histórica de la banca en Colombia y además se analizarán las crisis más recientes que se han reportado. Por otro lado, también se verá en el derecho comparado la evolución de la

¹ Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Privado Económico de la misma universidad y magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de las universidades Nacional de Colombia en pregrado y posgrado, y Católica de Colombia en pregrado. eddyrolandor@gmail.com.

legislación en materia de protección y se pondrá en evidencia que en Colombia se ha recorrido el camino, pero aún falta un buen trecho para ser abanderados en la materia.

Se advierte que, al no ser este un escrito sobre contratación financiera, se dejarán varios conceptos y temas mencionados como forma de contextualizar el objeto principal, invitando al lector a profundizar en la amplísima y excelsa literatura que los doctrinantes y profesores tienen sobre el tema². No debe perderse de vista que el negocio financiero es uno de los que más altas complejidades presenta debido a su gran interrelación con economía, derecho, contabilidad y política, por solo mencionar algunos de los campos del conocimiento que le influyen.

Finalmente, se invita al lector a que se interese en leer la prensa especializada en el tema financiero y sus afines, pues la materialidad de las relaciones económicas que instrumenta el derecho cambia a la velocidad de las noticias diarias y de los indicadores que se ven fluctuar de formas dinámicas en cuestión de segundos. De no entender la realidad, será imposible entender la producción jurídica que intenta regularla o, al menos, encaminarla.

Inicios del sistema financiero colombiano

En un país con un modelo económico capitalista, como lo es Colombia, es necesario que el circuito económico se revitalice inyectando capital a la economía. Si se quiere entender el papel sensible de la banca en ese manejo de los medios de pago, se tiene que entender su origen.

Al inicio, en una fase casi que artesanal, la banca fue un sistema diseñado y controlado por particulares que daban crédito. Tal dedicación se dio más por el manejo de liquidez que por la real profesionalización del negocio bancario, dado que lo que inicialmente eran “casas comerciales”, pasaron a ser “bancos comerciales” como en el caso de Vicente B. Villa e Hijos y otras del mismo estilo³.

Una serie de fracasos de esta banca incipiente culminó con la fundación del Banco de Bogotá en 1870, el primer banco privado que no desapareció debido

2 Al efecto, consultar a Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos bancarios, Su significación en América Latina* (Bogotá: Legis, 2009).

3 Manuel Restrepo Yusti, “Comerciantes y banqueros: el origen de la industria antioqueña”, *Boletín Cultural y Bibliográfico*, 25, n.º 17 (1988): 31-53. https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/boletin_cultural/article/view/2750/2830

a su quiebra prematura. A partir de allí, se fundaron 34 bancos que tuvieron el mismo éxito en lo que se denominó la época de la “banca libre”. Una de las claves fue el manejo prudencial en la emisión de sus propios billetes. En tal época, cada banco privado emitía su propio papel moneda, lo que hacía tentador a cada uno de los administradores de estos, a sobreemitir circulante y, por tal motivo, a crear inflación y a quitarle credibilidad a sus emisiones, lo que culminaba con las consabidas quiebras. Bancos como el de Bogotá o el de Colombia se alejaron de tales prácticas y su prudencia los mantuvo en el negocio⁴.

En 1880 se creó el Banco Nacional mediante la Ley 39 de ese año. Era una entidad que en la práctica fue totalmente estatal, dado que ningún particular quiso comprar acciones de este y sirvió para dar crédito al Gobierno. Dada la premura de capital debida a las guerras internas, el banco en cuestión hizo una sobreemisión de papel moneda, lo que lo llevaría a su liquidación y dio al traste con el primer intento de Banca Central en el país, ya que fue liquidado con la Ley 70 de 1894 que tuvo efectos solo hasta 1896⁵.

Luego de varios intentos fracasados se comenzó a estructurar el Banco de la República con la Ley 30 de 1922 que debió esperar a la comisión de expertos presidida por el economista Edwin Kemmerer, cuyas recomendaciones se recogieron en la Ley 25 de 1923, que es la ley orgánica del Banco de la República. Kemmerer recomendó la creación de la Superintendencia Bancaria que ayudaría a coordinar la banca privada. El Banco de la República, tal como se conoce hoy, fue modelado por la Constitución de 1991 que le entregó como una de sus principales funciones la de evitar la inflación.

Crisis de los ochenta y nacionalización de entidades financieras

Paralelamente, la banca privada seguía su propio camino que se retoma en la crisis de los ochenta. En esa época, el negocio de la banca privada tenía tres protagonistas: Julio Mario Santodomingo, Carlos Ardila Lülle y Jaime Michelsen Uribe. El emporio de este último se empezó a forjar en la década de los setenta,

4 Adolfo Meisel Roca, “Orígenes de la banca comercial en Colombia: la banca libre, 1870-1886”, *Revista Credencial* n.º 135 (2001). <http://www.banrepcultural.org/node/32755>

5 Antonio Hernández, “La banca central en Colombia. Banco Nacional (1880), Banco Central (1905), Banco de la República (1923)”, *Revista Credencial* n.º 135 (2001). <http://www.banrepcultural.org/node/32756>

en la que tuvo una expansión agresiva a la cual los gobiernos de turno intentaron hacerle frente⁶.

Michelsen fue presidente del Banco de Colombia y líder del Grupo Grancolombiano, una suerte de *holding* con tentáculos en el sector financiero y real de la economía. Era un conglomerado muy grande, complejo, pero perfectamente organizado donde gravitaban más de 100 empresas a todo nivel y en todo sector de la economía nacional⁷. A través de dos fondos (Grancolombiano y Bolivariano) administraba dineros captados del público que invertía tanto en el sector real de la economía, como por ejemplo en la Nacional de Chocolates, y en el financiero, como en Colseguros, entre otras muchas empresas nacionales. Para entender la visión de país que tenía el grupo, tenía inversiones incluso en el sector educativo, a través del Politécnico Grancolombiano, que en su momento ofrecía carreras como Banca, Seguro y Finanzas. La publicidad de la época incluso suministraba un lugar curioso para informarse sobre tales carreras: el Banco de Colombia.

La práctica de que un banquero usara fondos de los ahorradores en sus empresas del sector financiero causó incomodidad en los clientes, por lo que el Gobierno promulgó el Decreto 384 de 1980 en el que les prohibía a los fondos de inversión tener acciones en entidades financieras. Lo reprochable era que un administrador de un fondo tomara dineros del público para invertirlo en sus propias entidades. Los ahorradores, que son en toda regla consumidores financieros, alegraron en su momento que el Grupo Grancolombiano usaba sus ahorros para especular en el mercado accionario lo que desencadenó nuevas regulaciones sobre el mercado de capitales y el manejo de la Bolsa de Valores⁸.

Para poder devolver el dinero de los ahorradores el grupo necesitaba liquidez, la cual obtuvo mediante créditos otorgados por bancos y entidades financieras que eran del mismo *holding*: Banco de Colombia, Granfinanciera y Pronta. En otras palabras, el grupo se hacía autopréstamos con dineros del público. Ante esta

6 "La crisis financiera", *Revista Semana*, 23 de junio de 1997. <http://www.semana.com/especiales/articulo/la-crisis-financiera/32786-3>

7 Luis Roberto Wiesner, "El Grupo Grancolombiano como sistema abierto", *Revista de Derecho Privado* n.º 13 (1993). https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri337.pdf

8 "Fin del imperio Michelsen", *El Tiempo*, 2 de marzo de 1998. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-757863>

situación, el presidente Betancur expidió el Decreto 2920 de 1982, en el que básicamente penalizó las conductas deshonestas ya descritas⁹, dando como resultado la detención de Michelsen y la caída de su imperio¹⁰ que arrastró de paso a todo el sector financiero en una de las quiebras más estrepitosas del sector financiero en los últimos años.

El mismo Decreto 2920 abrió la puerta para que el Estado interviniera en varios niveles de profundidad, desde la vigilancia, pasando por la toma de posesión y llegando hasta la nacionalización; medida que fue ampliamente implementada para evitar el colapso de la economía nacional y que costó escandalosas sumas de dinero de los contribuyentes, como en todas las crisis financieras. Tal nacionalización de varios bancos privados terminó en que dos terceras partes de los activos de estos pasaron a ser manejados por el Estado¹¹.

Pero la ola de privatización era inminente con el gobierno de César Gaviria que hizo que la participación del Estado en el control de activos financieros pasara de un 41,13 % en 1990 a un modesto 19,5 % en 1994. Esto lo logró mediante la privatización de 30 entidades financieras¹². A la fecha, la participación del Estado en el negocio financiero es muy reducida, tema que se tocará a continuación.

9 El decreto increpando la ética de los banqueros deshonestos rezaba:

"Artículo 1. Los administradores de las, instituciones financieras deben obrar no solo dentro del marco de la ley, sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de las siguientes conductas":

"a) Otorgar, en contravención a disposiciones legales, créditos o descuentos a los accionistas, o a personas relacionadas con ellos, en condiciones tales que pueda llegar a poner en peligro la solvencia o liquidez de la institución;"

"b) Concentrar ilegalmente el crédito en forma tal que el incumplimiento de un deudor o de un grupo de deudores relacionados entre sí, ponga en peligro la solvencia, o liquidez de la institución";

"c) Utilizar o facilitar recursos del ahorro privado para operaciones dirigidas a adquirir el control de otras empresas, con fines especulativos o en condiciones que se aparten sustancialmente de las normales en el comercio";

"g) Violar, cualquiera de las normas legales sobre límites a inversiones, a concentraciones de riesgos y de créditos, y seguridad en el manejo de los negocios".

10 "La quiebra del Grupo Grancolombiano", *Revista Dinero*, 21 de agosto de 2013 <http://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/articulo/la-quiebra-del-grupo-grancolombiano/182460>

11 Luis Jorge Garay. *Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996*. Biblioteca Virtual del Banco de la República (2004). <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industriatina/indice.htm>

12 "Gaviria privatizó 30 entidades financieras", *El Tiempo*, 21 de julio de 1994. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-177801>

Privatización y crisis de 1999

Iniciada la década de los noventa, el gobierno de César Gaviria empezó una serie de privatizaciones, un fenómeno neoliberal que parte de la premisa de que el Estado debe intervenir lo menos posible en la economía, permitiendo que la “mano invisible¹³” asigne recursos, determine precios, cantidades, etc. Así lo permitía la Constitución política que le entregaba a los particulares la iniciativa en la economía, dejando al Estado como un director que se restringía a estimular o desestimular a los particulares, tal como el artículo 333¹⁴ superior lo insinúa.

El sistema financiero no iba a ser la excepción y es de esta manera como el Estado, luego de sanear los estropicios de la crisis mencionada y de nacionalizar gran parte de la banca, procede a privatizarla. Básicamente a vender bancos. En 1991, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin) privatizó el Banco de los Trabajadores, el Banco Tequendama y el Banco del Comercio. A lo largo de la primera mitad de la década de 1990, se privatizaron importantes bancos como el de Bogotá, Concasa y el Banco Popular¹⁵. La joya de la corona de Michelsen, el Banco de Colombia, fue saneado por el Estado al cabo de 10 años, pues fue privatizado en un 75 % de sus acciones por \$ 401.000 millones que pagó la familia Gilinski¹⁶. Parte de la opinión pública aplaudió la medida de privatización, pues se consideró que el Estado, al ser una entidad política, tenía

13 La mano invisible es una metáfora, puede definirse como aquel mecanismo mediante el cual, en una economía, se tiende al equilibrio en virtud de las fuerzas egoístas de oferta y demanda, que dicen cuánto y a cómo producir, teniendo como consecuencia final el máximo bienestar social. Paul Krugman y Robin Wells, *Macroeconomía: introducción a la economía*, trad. G. Pérez (Barcelona: Reverté, 2007), 3. https://books.google.com.co/books?id=9kuFd0Hb8T0C&printsec=frontcover&dq=krugman+p+wells+r&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwig7JTbio_eAhVmp1kKHd_PBlwQ6AEIKDAA#v=onepage&q=egoistas&f=false

14 “Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de Colombia”. *Gaceta Constitucional* 116 (julio de 1991).

15 Jacqueline Guevara, “El gobierno decidió vender Banco Popular”, *El Tiempo*, 21 de diciembre de 1994. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-267919>

16 “Muere el Banco de Colombia, Nace el Bancolombia S. A.”, *El Tiempo*, 6 de abril de 1998. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-762389>

la perversa tendencia a poner al servicio del amiguismo y sus intereses todo su aparato, incluida la banca.

Sin embargo, la década traería una nueva crisis a su finalización. Los bancos hipotecarios tenían algunos privilegios que la legislación les dio con la finalidad de promover el acceso a vivienda por parte de los colombianos. Para tal efecto, se constituían como corporaciones de ahorro y vivienda (CAV) y colocaban sus créditos en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), las cuales eran sensibles a la inflación inicialmente, pero luego a la DTF¹⁷ lo cual la dispararía debido a la competencia entre bancos¹⁸ que los obligó a ofrecer mejores rendimientos en los depósitos a término. La cantidad de personas endeudadas era amplia. La competencia entre instituciones era tal que los bancos empezaron a asumir más riesgos y a colocar hipotecas que hoy se llamarían *subprime*, por garantizar créditos concedidos a personas con renta baja, poco historial crediticio y por tal, alto riesgo¹⁹. La demanda de propiedad inmobiliaria era alta, al mismo ritmo que el otorgamiento del crédito hipotecario.

Por otro lado, la apertura económica había afectado la balanza de pagos, las importaciones estaban disparadas debido a la caída de los aranceles de importación. Además, en 1993 el ingreso de divisas había aumentado de forma dramática, tanto que hasta 1998 habían ingresado USD 27.000 millones, lo que apreció fuertemente el peso incentivando aún más las importaciones, pues era más caro el producto nacional. El gasto público estaba acelerado debido a la financiación en la materialización de las entidades que la nueva Constitución acababa de crear. La situación era preocupante al nivel que se temía una fuga de capitales que daría un golpe letal a la economía ya maltrecha por la apertura económica mal

17 La inflación está determinada por el aumento de los precios de los bienes y servicios en un país dado; mientras que la DTF se calcula como “el promedio ponderado de las diferentes tasas de interés de captación utilizadas por los bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y compañías de financiamiento comercial para calcular los intereses que reconocerán a los certificados de depósito a término (CDT) con duración de 90 días. “Depósitos a término fijo”, *Enciclopedia Banrepública* http://enciclopedia.banrepultural.org/index.php/Dep%C3%B3sitos_a_t%C3%A9rmino_fijo el 17-10-18

18 Subgerencia Cultural del Banco de la República. (2015). El UPAC y la UVR. http://www.banrepultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/el_upac_y_la_uvr7

19 Rafael Ortega de la Poza, *Fundamentos de dirección financiera*. (Madrid: Esik, 2017. https://books.google.com.co/books?id=VVdqDwAAQBAJ&pg=PT663&dq=hipoteca+subprime&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiZ4OWnj4_eAhUSzlkKHfcd4sQ6AEIKDAA#v=onepage&q=hipoteca%20subprime&f=false

practicada²⁰. El Banco de la República buscaba frenarla haciendo atractivo el depósito de dinero en el sistema, aumentando la tasa de interés interbancaria hasta un 43 % anual, lo que impactó las tasas de interés de los bancos de primer piso a los consumidores financieros. Las deudas hipotecarias se tornaron impagables, las personas empezaron a perder sus garantías reales y los empresarios, que también estaban endeudados, dejaron de pagar sus obligaciones lo que además generó desempleo²¹.

No obstante, las causas de la crisis no solo fueron internas. El mundo globalizado, globaliza sus enfermedades y patologías. En 1997 hubo una fuerte crisis en los países asiáticos y en 1998 esta llegó a Argentina y Brasil y, por consiguiente, a Latinoamérica entera²². De manera jocosa, la prensa denominó cada crisis de esa época con nombres alusivos a cada país o región: “Dragón” para Asia, “Vodka” para Rusia, “Tequila” para México, “Samba” para Brasil y “Tango” para Argentina. Pero, lo que sí fue constante en todas estas crisis fue el altísimo costo de reparar sus estragos. En Colombia se destinaron \$ 26,4 billones equivalentes al 15,4 % del PIB de Colombia en 1999²³.

Desatada la crisis, los bancos empezaron a mostrar signos de quiebra y se activaron las ayudas del Estado que consistieron en el suministro de liquidez por parte del Banco de la República a los bancos, préstamos a deudores, alivios y refinanciaciones, liquidación del BCH y la intervención de Granahorrar, entre otras instituciones financieras, desaparición el UPAC y su reemplazo por la unidad de

20 Para ver las nefastas consecuencias de la apertura económica de los noventa, véase a Carlos Enrique Londoño Rendón, “La apertura económica en Colombia”, *Revista Pensamiento Humanista de la Universidad Pontificia Bolivariana Medellín*, n.º 4 (1998) <https://revistas.upb.edu.co/index.php/PensamientoHumanista/article/view/336/295>

21 Eduardo Pizano, “La crisis y sus lecciones”, *Revista Semana*, 21 de junio de 2009. <http://www.semana.com/especiales/articulo/las-criisis-lecciones/104368-3>.

22 Pablo Bustelo, “Las crisis financieras asiáticas (1997-1999): nuevos indicadores y escasos precedentes”, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, n.º 2626 (1999): 21-25. https://www.researchgate.net/publication/28129711_Las_crisis_financieras_asiaticas_1997-1999

23 Mónica Aparicio, “Una lección dolorosa”, *Revista Semana*, 21 de junio de 2009. <http://www.semana.com/especiales/articulo/una-leccion-dolorosa/104434-3> 7

valor real (UVR)²⁴. La crisis le costó al pueblo colombiano \$ 12,3 billones que se financiaron con un infame impuesto temporal del 2 por mil²⁵.

Las enseñanzas principales de esta crisis surgieron del hecho de que la competencia y la codicia distorsionaron la verdadera apreciación del riesgo. Además, una lección extra que los estadounidenses sufrirían casi una década después: el valor del colateral, o garantía real para este caso, no garantiza el pago de una obligación²⁶.

A continuación, se verificarán los intereses que la historia ha enseñado que deben estar en equilibrio en lo que al sistema financiero se refiere.

El público, los banqueros y la economía

Como se vio hasta ahora, el sistema financiero articula varios activos que están sometidos a un delicado equilibrio que, al romperse, afecta a alguno o a todos los intervinientes. Por un lado, se tiene al público que pone sus excedentes de liquidez en el sistema financiero en depósitos a término o a la vista, para que este los administre en forma de operaciones activas y los coloque en los demandantes de capital, o sea el mismo público, pero en forma de deudores.

Los estímulos que la economía les da son los frutos del dinero o intereses. A los depositantes, un interés denominado de “captación” y a las entidades financieras, un interés denominado de “colocación”. La diferencia entre estas dos tasas tiene el nombre de *tasa de intermediación* y mide la utilidad bruta de las entidades financieras²⁷.

Sin embargo, cuando esos estímulos no son controlados o al menos monitoreados por el Estado, pueden suscitarse escenarios económicos que lleven a abusos por parte de los actores; ya sea propiciando escenarios de crisis macroeconómicas

24 La complejidad de este tema hace imposible tocarlo como se merece en este escrito.

25 “Crisis financiera y fin de UPAC”, *El Tiempo*, 5 de agosto de 2002. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1347546>

26 José Darío Uribe, *Algunas lecciones relevantes aprendidas de la crisis financiera colombiana de 1998-1999*. Banco de la República, http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/jdu_may_2008.pdf

27 Fernando Jaramillo Betancur, “Tasas de interés e intermediación”, *Revista Lupa Empresarial*, 4 digital. <http://www.ceipa.edu.co/lupa/index.php/lupa/article/view/21>

como las descritas en Colombia o mundiales como la crisis de 1929 o de 2008 entre otras²⁸.

En el mismo sentido, tales abusos pueden también conspirar contra los usuarios del sistema financiero: tanto ahorradores como inversionistas de varias clases que concurren al mercado financiero a depositar o invertir sus excedentes de capital en forma de bonos o portafolios de inversión en general. Este tema es el que se tratará a lo largo de este escrito, así como la defensa del consumidor financiero, pero sin perder de vista que tal sujeto no es el único que interactúa y puede salir lesionado.

Se debe reconocer que la protección del sistema financiero pasa por tener sujetos financieros competentes que sepan manejar el mercado de capitales como los directores de las instituciones captadoras de dinero. Así mismo, también unas reglas que sean capaces de garantizar la solvencia de los deudores del sistema para poder garantizar la liquidez y honra de las deudas de futuro cumplimiento. Por ello, no se deben confundir las medidas prudenciales en el otorgamiento del crédito, como una práctica simplemente abusiva de los bancos para no otorgar crédito a personas de bajos recursos que puedan comprometer el cumplimiento de sus obligaciones. Por el contrario, cuando las entidades financieras otorgan créditos asumiendo riesgos altos de no pago, acercan al borde del desfiladero a todo el sistema económico. Debe entenderse que los funcionarios de los bancos obtienen estímulos por colocar la mayor cantidad de sumas de dinero en créditos para su entidad, no por no prestar dinero.

Análisis económico de la relación de consumo en el sistema financiero

Especial atención merece el análisis desde el punto de vista económico de la relación que se puede dar en el mercado, específicamente el de productos financieros. Pero, para entenderlo, se debe primero comprender qué es un mercado. Existen varias definiciones y dependiendo del ángulo pueden variar. Aristóteles en su clásico *Ética a Nicómaco* estudió, desde la perspectiva del precio, el fenómeno del mercado.

.....
28 Carmen Reinhart y Kennet Rogoff, *Is the 2007 U. S. subprime financial crisis so different? An international historical comparison* (Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2008). <http://www.nber.org/papers/w13761.pdf>

Adam Smith²⁹ hizo su propio análisis en *La riqueza de las naciones* en el que critica la negatividad del egoísmo en el sentido hobbesiano, que recurre a un Leviatán para poder controlar esa serie de pasiones negativas. Por el contrario, Smith parte de la idea de que el egoísmo es una fuerza que es capaz de lograr consecuencias positivas, como la de controlar de la forma más eficiente al mercado. Bien lo ilustra con su famoso ejemplo en el que dice “no es por la benevolencia del carnicero, del cervecero y del panadero que podemos contar con nuestra cena, sino por su propio interés”³⁰; en esta frase Smith quiere transmitir la idea de que la búsqueda del interés particular de cada una de las personas que asisten al mercado es capaz de fijar de forma eficiente qué y a cómo producir en lo que se conoce como “la mano invisible”³¹.

Para la mercadotecnia, el mercado involucra la voluntad y posibilidad de gastar dinero, no así para los economistas que lo ven como un grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio³². Resumidas cuentas, y para efectos de este documento, se verá como un encuentro entre demandantes y oferentes de un determinado producto, que para el caso particular será de aquellos de carácter financiero.

Pero, ¿qué tiene de particular el mercado financiero que merezca su propia regulación no solo en materia de consumo sino en cuanto a licencias para prestar el servicio, vigilancia por parte del Estado y ley de quiebras específica? Tiene dos particularidades: maneja el ahorro del público y presenta altísimas asimetrías entre las partes que negocian. En lo tocante al ahorro del público, el sistema financiero capta dinero del público que se lo entrega al sistema en forma de depósitos o portafolios de inversión tales como depósitos en cuentas de ahorro o corrientes o portafolios, como en el caso de los fondos de inversión de carácter fiduciario, por lo que es necesario que el Estado garantice que esos depósitos se van a manejar de forma responsable y que las entidades sean capaces de devolverlos de

29 Adam Smith, *La riqueza de las naciones: libros I, II, III y selección de los libros IV y V*, trad. Carlos Rodríguez Braun (Madrid: Alianza, 1996).

30 Smith, *La riqueza de las naciones...*, 46.

31 Alejandro Nadal, *El concepto de mercado. Conceptos y fenómenos de nuestro tiempo*. (Ciudad de México: UNAM, 2010). http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/450trabajo.pdf

32 Iván Thompson, Definición de mercado. <https://www.promonegocios.net/mercadotecnia/mercado-definicion-concepto.html>

conformidad con los contratos que se suscriban. Tales contratos implican devoluciones a la vista o a término, incluso puede, como en el caso de las inversiones fiduciarias, asumirse algún riesgo en el que la entidad no devuelva la totalidad de lo aportado por el cliente.

Así mismo, el sistema financiero, a través de operaciones activas, pone esos recursos de los ahorradores o clientes en general, en forma de préstamos a los demandantes de liquidez por lo que debe analizar la capacidad de pago de tales demandantes de crédito.

Por lo anterior, las normas prudenciales³³ que regulan el sistema buscan principalmente evitar que los bancos pongan dinero de forma tal que el pago sea dificultoso o imposible y se pierdan los depósitos captados del público. En este punto es necesario resaltar que el sistema financiero divide a sus depositantes entre aquellos que desean asumir riesgo y, por ende, obtener un mayor fruto de su capital y aquellos que desean total seguridad en el recobro de su dinero. Los primeros pueden ir a la banca de inversión y los segundos a los bancos que ofrecen cuentas de ahorro y corrientes.

Por otro lado, en lo que respecta específicamente a este escrito, la asimetría en la información³⁴ entre las partes en la relación financiera es tal, que hay un fuerte desbalance en la relación contractual que impide una verdadera negociación que honre el principio de autonomía de la voluntad. En este apartado es notable ver cómo la entidad financiera tiene mucho más conocimiento que su cliente acerca del funcionamiento del mercado de capitales que es, a la postre, el negocio del que se habla: el objeto que se transa principalmente es dinero. Así mismo, su músculo financiero lo hace mucho más poderoso a la hora de negociar con el cliente, que económicamente también se ve en posición de inferioridad.

Por ello, se ven consumidores financieros en dos extremos del mercado de capital: por una parte, como oferentes de capital en forma de ahorradores en operaciones pasivas en cuentas de ahorro, por ejemplo y, por la otra, en forma de

33 Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Orientaciones sobre la aplicación de los Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz a la regulación y supervisión de instituciones relevantes para la inclusión financiera, 20-33, septiembre de 2016. https://www.bis.org/bcbs/publ/d383_es.pdf

34 El concepto de asimetría fue célebre gracias a los ganadores del Premio Nobel de Economía de 2001. Para profundizar más el punto, véase: George A. Akerlof, "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, 84, n.º 3 (1970): 488-500 http://www.jstor.org/stable/1879431?seq=1#page_scan_tab_contents

demandantes de capital en operaciones activas como deudores con garantía real o personal como las hipotecas o simplemente con fiadores o codeudores. El sistema financiero sirve de intermediario entre esos dos extremos y los organiza de forma técnica. Lo anterior no obsta para que los bancos también tengan capital de trabajo propio que pueden colocar e invertir en el mercado.

De forma simplificada, se puede decir que los bancos son intermediarios de capital, que lo captan o “compran” con una tasa de interés baja y lo colocan o “venden” con una más alta, ganando en bruto una diferencia entre ellas que se denomina “tasa de intermediación” a la que se deben descontar gastos y costos de varios tipos para poder obtener la utilidad.

¿Cómo pueden las entidades financieras usar su posición dominante y evidentemente asimétrica para abusar del consumidor? Pues obteniendo ventajas en los contratos mediante cláusulas abusivas o fijando las tasas de interés de captación muy bajas y de colocación muy altas. Pero, estas prácticas se abordarán de forma especial en otro apartado de este escrito.

El derecho del consumidor financiero en el derecho comparado

A continuación, se hará una aproximación a algunos de los países que tienen implementado un régimen de protección especial al consumidor financiero, teniendo en cuenta la representatividad de cada uno. Como se verá, hay puntos de conexión entre todas esas legislaciones y todas coinciden en la tuitividad³⁵ a los derechos de la parte débil de la relación: el consumidor financiero.

Consumidor financiero en Europa

El antecedente relevante más próximo de la protección al consumidor financiero se encuentra en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea del 25 de marzo de 1957³⁶, en el que se buscaba la protección del consumidor en general, pero dentro

35 Carlos Eduardo Tambussi, “El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino”, *Revista Lex Universidad Alas Peruanas*, 14, n.º 18. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1236/1219>. En el anterior artículo dice el autor: “La concepción jurídica del derecho del consumidor como tuitivo importa el abandono del principio de la igualdad formal ante la ley, para proteger a la que es la parte más débil, que se encuentra inerte frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona”.

36 El artículo 153 de ese cuerpo normativo habla de la protección al consumidor en general, así: “Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger

de los intereses que quería proteger estaba el económico, lo que llevaba necesariamente a su aspecto financiero.

La legislación comunitaria, a través de sus directivas, ha buscado regular cada una de las formas en que un consumidor puede acceder a servicios financieros. A continuación, se presentarán resumidamente las formas de protección que pueden ilustrar el panorama en ese mercado específico que cobra relevancia por su alto desempeño a nivel mundial.

Crédito de consumo

La regulación sobre el tema se encuentra en la Directiva 87/102/CEE del 22 de diciembre de 1986³⁷, modificada varias veces. Esta norma busca permitir al consumidor financiero la mayor cantidad previa de información pertinente para la toma de sus decisiones como las tasas de interés, gastos y procedimiento para extinguir el contrato. Así mismo, se permite el prepago de capital sin tener que pagar multas o intereses no causados. En palabras del artículo 8 de la directiva:

El consumidor tendrá derecho a liberarse de las obligaciones que haya contraído en virtud de un contrato de crédito antes de la fecha fijada por el contrato. En este caso, de conformidad con las normas establecidas por los Estados miembros, el consumidor tendrá derecho a una reducción equitativa del coste total del crédito.

Crédito hipotecario residencial

Se encuentra previsto en la directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo³⁸ varias veces regulada, y propugna porque al consumidor de este tipo de crédito se le eduque financieramente y porque los oferentes de créditos se comporten de manera “honesta, imparcial, transparente y profesional” protegiendo los intereses de los consumidores.

En la etapa precontractual se exige que las entidades financieras no realicen publicidad engañosa o generen falsas expectativas en el posible cliente. También, se establece un mínimo de información que ilustre al consumidor. Se permiten

la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses”.

37 Universitat de Girona, European and comparative Private Law Page. <http://civil.udg.es/epclp/texts/es/87-102.htm>

38 Eur-Lex, Access to European Union Law. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32014L0017>

las “ventas combinadas” pero se prohíben las “ventas vinculadas”, siendo la principal diferencia que, en las primeras, varios servicios financieros se ofrecen por separado o empaquetados y en las segundas, solo se ofrecen empaquetados; o sea no hay posibilidad de elección por parte del consumidor. Esto se dirige específicamente al contrato de seguro que soporta la muerte o invalidez del deudor hipotecario y que sirve para pagar el importe restante del crédito hipotecario³⁹.

Por otro lado, debido a la protección que la economía en su conjunto merece, se obliga a las entidades financieras a evaluar la solvencia del deudor. Aprendida la lección de las crisis financieras, también se exige que no se base el riesgo solamente en el valor del bien raíz que soporta la hipoteca y prohíbe alterar el contrato por una mala evaluación hecha por culpa de la entidad financiera. *Contrario sensu*, se permite alterarlo si hubo culpa o dolo del deudor como cuando falsifica u oculta información.

Para finalizar, se garantiza también el prepago de capital con la justa reducción en intereses no causados. En ningún caso podrá haber penalizaciones y solo se podrán reclamar del deudor hipotecario los gastos ya erogados.

Servicios financieros al por menor

Dentro de esta categoría entran servicios como “seguros, préstamos, pagos, cuentas corrientes y de ahorros y otras inversiones minoristas” y se encuentran descritos en el Libro Verde citado como documento COM (2015) 630 final, hecho por la Comisión Europea, el 10 de diciembre de 2015⁴⁰.

Entre los objetivos de este documento comunitario se busca obtener mejores resultados en el otorgamiento de créditos a consumidores y empresas que los consuman. El documento acepta que el mercado financiero no ha aprovechado los beneficios del mercado único, dado que no se han derrotado totalmente las barreras al comercio transfronterizo en esta materia, y los mercados siguen fragmentados a causa de que los consumidores (1) desconocen o no confían en las ofertas de establecimientos que proceden de otros Estados miembros, y (2) los proveedores de tales servicios

39 Alberto Tapia, Transparencia de los seguros de vida vinculados a los préstamos hipotecarios: la adaptación a la Directiva 2014/17/UE. 11 de octubre de 2016. <http://ajtapia.com/2016/10/transparencia-de-los-seguros-de-vida-vinculados-a-los-prestamos-hipotecarios-la-adaptacion-a-la-directiva-201417ue/>

40 Eur-Lex, Access to European Union Law. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0630>

no buscan entrar a otros mercados debido a los costos que implica acogerse a las legislaciones de otros países. El mismo documento ve necesario ayudar a los consumidores financieros a obtener tales servicios de forma transfronteriza, lo cual se logra informándoles sobre las ofertas y dándoles seguridad y confianza en esas entidades.

Sin embargo, este Libro Verde es una invitación a los países de la Unión Europea para que empiecen a analizar cómo podría legislarse de una forma más concreta sobre el tema.

Consumidor financiero en Estados Unidos

Debido a la profundidad de la penetración que el mercado financiero tiene en los ciudadanos estadounidenses, el consumidor financiero es de especial importancia tanto en el aspecto microeconómico como macroeconómico de ese país. Como se vio en el año 2008, un mal manejo financiero es capaz de quebrar la economía regional y de bajar el PIB mundial. Por ello, dentro de las políticas poscrisis del —en ese entonces— presidente Barack Obama, se firmó la ley Dodd-Frank⁴¹, conocida como la Ley de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor⁴².

De las lecciones aprendidas se intentó hacer un resumen de malas prácticas y prohibirlas o al menos desestimularlas. Entre sus finalidades se observan: buscar mayor transparencia, división de los bancos entre aquellos que sirven para ahorrar y los que sirven para invertir instrumentados por la Regla Volcker, que evita que el dinero de los ahorradores sea usado para que el sistema financiero especule⁴³. También busca evitar que instituciones financieras muy grandes se expongan

41 Congress of the United States of America, H.R.4173 - Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. 111th Congress (2009-2010) <https://www.congress.gov/bills/111th-congress/house-bill/4173/text?r=1>

42 En su título largo en inglés: "An Act To promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end 'too big to fail', to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes", cuya traducción hecha por el autor de este escrito es "Ley para promover la estabilidad financiera de los Estados Unidos mejorando la responsabilidad y la transparencia en el sistema financiero, para terminar 'demasiado grande para fallar', proteger al contribuyente estadounidense poniendo fin a los rescates, proteger a los consumidores de prácticas abusivas de servicios financieros, y para otros fines". Nótese que se busca terminar con una creencia arraigada en el sistema financiero estadounidense: la de "too big to fail" o "demasiado grande para fallar", en la cual se creía que los gigantes financieros no pueden quebrarse.

43 José Luis de Haro, "Regla Volcker: 'El dinero del cliente no se usa para invertir'. *El Economista*, 10 de diciembre de 2013. <http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/5383460/12/13/Regla-Volcker-El-dinero-del-cliente-no-se-usa-para-invertir.html>

demasiado al riesgo y propende por proteger a los consumidores financieros de prácticas abusivas.

La ley procura que los grandes bancos hagan evaluaciones anuales de su resistencia a las crisis financieras, además de hacerles disponer de un plan en caso de que la quiebra sea inminente, en aras de honrar sus deudas para con el público.

Como se puede intuir por el porte de la ley, es prudencialista y tuitiva para el consumidor financiero/ahorrador. Este detalle hace que no permita la voracidad propia de Wall Street, lo cual ha sido visto como una talanquera para el desarrollo financiero a los ojos del actual presidente Trump, que ha amenazado constantemente con desmontarla. Para el actual presidente, las empresas no acceden a suficiente capital para hacer negocios y no obtienen liquidez dada la excesiva prudencialidad del sistema que solo puede ser solucionada si se desmonta la ley⁴⁴.

La legislación estadounidense es un claro ejemplo de cómo los intereses del público en general se ven permeados por la legislación financiera. La crisis de 2008 afectó a una gran cantidad de personas que no tenían idea alguna de que el sistema financiero era capaz de hacer entrar en depresión al sector real de la economía. De hecho, algunos economistas creen que la crisis de 2008 fue generada por el desmonte de la legislación prudencialista que se impulsó para conjurar la crisis de 1929.

Consumidor financiero en Chile

Este país ha sido reconocido como uno de los pioneros en su sistema financiero y la protección al consumidor de servicios financieros ya que tiene su propia ley: la 20555 del 28 de noviembre de 2011 que adiciona la Ley 19496⁴⁵. Esta les da una serie de derechos a los consumidores de productos o servicios financieros que equilibran la asimetría entre los actores del sistema financiero.

Dentro de estos derechos están: el de recibir información sobre los costos de los servicios, los requisitos para acceder a ellos, la liberación de las garantías

44"¿Qué es la ley Dodd-Frank que Trump quiere demoler?", *El Financiero*, 3 de febrero de 2017, <http://www.elfinanciero.com.mx/mundo/que-es-la-ley-dodd-frank-que-trump-quiere-demoler.html>

45 Biblioteca Nacional del Congreso Nacional de Chile, Ley 20555 que modifica Ley 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865#-1>

cuando el crédito fue satisfecho y la liquidación del crédito total sin dilación ni requisito alguno.

Respecto de los contratos adhesivos exige la simpleza y transparencia en la explicación de los costos, la mención del servicio al cliente y un desglose claro y entendible por el consumidor financiero de las causales de terminación y la duración.

Para permitir la competencia entre entidades financieras, se exige que al inicio de los contratos adhesivos se suministre una hoja estandarizada de la información básica del contrato que permita la comparación con los productos de los competidores. En el mismo sentido, los débitos automáticos podrán hacerse desde cuentas de otras entidades financieras diferentes a la que otorga el servicio. Se prohíben las ventas atadas, esto es, aquellos paquetes forzosos en los que no puede elegir el consumidor.

Respecto de terceros garantes como avalistas, fiadores o codeudores solidarios de un consumidor, deberá hacerse un documento o ficha explicativa sobre sus obligaciones, el cual debe suscribir. El Servicio Nacional del Consumidor dará su sello Sernac a los contratos de adhesión en señal de ajuste a las normas sobre derecho del consumidor financiero.

Una de las labores más admirables del derecho del consumo chileno es la institución del mediador y el árbitro financiero. A ellos acuden los consumidores, pero los honorarios de estos corren por cuenta de los proveedores lo que lo hace gratuito para aquellos.

Consumidor financiero en Perú

El sistema financiero peruano en conjunto se regula por la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Además, la legislación peruana adoptó un código único de defensa y protección al consumidor, la Ley 29571⁴⁶ que en su título IV, capítulo V, se refiere específicamente a productos o servicios financieros y además se expidieron las leyes 28587 y 29888, que respectivamente regulan la tasa de costo efectivo anual (TCEA) y la tasa de rendimiento efectivo anual (TREA),

46 Indecopi, Código de Protección y Defensa del Consumidor Ley 29.571. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/177451/CodigoDProteccionyDefensaDelConsumidor%5B1%5D.pdf/934ea9ef-fcc9-48b8-9679-3e8e2493354e>

que deben calcular todos los costos directos e indirectos para operaciones activas en cuotas y pasivas. En tratándose de crédito revolving (al que en Colombia se le conoce como rotativo) se consignará en forma la tasa de interés efectiva anual (TEA). La ley prohíbe publicar denominaciones diferentes a las tres mencionadas en aras de hacer claras las ofertas y permitir al consumidor financiero comparar y tomar la mejor opción que el mercado, en general, le ofrezca.

Sin embargo, el estatuto permite la aplicación de reglas prudenciales sobre otorgamiento de garantías, así como la modificación unilateral de los contratos e incluso la resolución de este. En lo tocante a prepago de capital, se sigue la regla de permitirlo, simplemente pagando los costos e intereses causados, sin obligación alguna de cancelar multas o penalidades.

Capítulo aparte, el estatuto se ocupa de los otorgantes de crédito no vigilados por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en la que se obliga a quien vende bienes usando a estos intermediarios de capital a manifestar tal situación, esto es, a especificar que quien vende no financia. Respecto de las tasas de interés, deberán sujetarse a los límites que impone el Banco Central de Reserva y deberán calcularse y publicarse en TEA y TCEA. Sin embargo, se les admite emplear tasas con factores variables siempre y cuando lo establezcan con claridad.

El consumidor financiero en Colombia

Para poder entender este punto es necesario tener en cuenta la normativa colombiana sobre el sistema financiero. No es posible entender la complejidad de las relaciones financieras sin antes entender el delicado balance de intereses que en el mercado de capitales debe equilibrarse. Por esto, se iniciará con un breve recorrido por la legislación colombiana que revela la naturaleza del sistema completo.

Marco normativo del sistema financiero

Desde la misma Constitución se ve la preocupación por darle un estatuto especial al sistema financiero. El artículo 335 superior establece que:

Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y solo pueden ser

ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito⁴⁷.

Es indiscutible la preocupación por quién capta dinero del público, pues se requiere licencia especial para ello so pena de verse privado de la libertad. Sin embargo, el mismo artículo admite la necesidad de democratizar el crédito; esto es el acceso del público a préstamos, que permitan una expansión en el consumo o en la financiación de empresas.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁴⁸ se ocupa de establecer la estructura del sistema al que denomina “financiero y asegurador”. A continuación, su descripción sucinta:

- Establecimientos de crédito: captan dinero del público en cuentas de ahorro y corrientes o a término para luego colocarlos en el público. Pueden ser establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras.
- Las sociedades de servicios financieros se dedican a prestar servicios que complementan la actividad financiera. Dentro de ellos se encuentran las sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías y las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales.
- Las sociedades de capitalización buscan estimular el ahorro mediante, por ejemplo, cédulas de capitalización.
- Finalmente, se tiene el sector asegurador y sus intermediarios que se dedican al contrato de seguro y la intermediación de estos.

Nótese cómo las corporaciones de ahorro y vivienda (CAV) desaparecieron en virtud de la crisis del UPAC. La Ley 546 de 1999, declarada inexecutable en algunas de sus partes mediante la Sentencia C-955 de 2000 ordenó la conversión de las CAV en bancos comerciales y reemplazó el UPAC por la ahora vigente UVR.

En el derecho colombiano, las facultades de dictar las normas generales sobre el sistema financiero corresponden al Congreso por mandato constitucional,

47 Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución...”.

48 Originalmente el Decreto 663 de 1993 ha sido innumerables veces modificado, sin embargo, se puede consultar de una forma plausiblemente actualizada en la página oficial del Senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html#1

pero permite al ejecutivo reglamentar las minucias sobre el tema. En este sentido, es supremamente importante el conjunto de circulares de la Superintendencia Financiera que como organismo técnico también vigila a las entidades que prestan el servicio. Esto ocasiona que quien está más al tanto de cómo funciona día a día el sistema es quien resulta regulándolo de forma exhaustiva. Así, la Superintendencia expide tres tipos de documentos más o menos vinculantes según su alcance específico: circulares externas, cartas circulares y resoluciones⁴⁹.

La conclusión de lo anterior es que la complejidad del sistema financiero lleva a su vez a la complicación de las normas, pero el ingenio de aquellos que buscan defraudar a los ahorradores e inversionistas sacándolos del ala protectora de las normas del sistema financiero, tiene tanta o más imaginación que aquellos que se encargan de perseguir esas prácticas que a veces constituyen un delito y, a veces, dado el ingenio de los evasores de la ley, bordean la ley penal sin caer en ella.

En este mismo sentido, ha de verse la legislación como una forma de controlar el mercado de capitales y su interacción con el sector real de la economía. Para algunos políticos, la regulación excesiva es una talanquera en el crecimiento de la industria, lo que lleva a que algunos creen que es necesaria la desregulación. Por otra parte, otros consideran que es preferible ser prudente y reservado con la función financiera, en aras de prevenir crisis sistémicas que sean capaces de arruinar la economía total de un país o incluso del planeta. En estos momentos esa discusión se está dando en Estados Unidos. En Colombia se ha intentado ser prudencialistas dando incluso consecuencias penales a las conductas que buscan evadir las normas en comento.

El legislador traspasó los límites del simple derecho regulatorio para entrar al campo del derecho penal cuando trata la captación de dinero del público. Una entidad capta dinero del público cuando lo recibe de este, ya sea en cuentas de ahorro, depósitos a término o cualquier otro mecanismo. Para el legislador, la devolución de esos aportes que hace el público debe estar garantizada y por ello somete a estricta vigilancia de la Superintendencia Financiera a las entidades autorizadas a hacerlo de manera masiva y habitual.

49 Superintendencia Financiera de Colombia, Circulares Externas, Cartas Circulares y Resoluciones desde el año 2005. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=20149>

La captación de dinero por parte de personas sin la debida autorización estatal incurrirá en prisión de conformidad en los términos del artículo 316 del actual Código Penal. Un ejemplo de estas conductas punibles se ve en las “pirámides” como las escandalosas DMG o DRFE. Sin embargo, no son las únicas formas que este delito puede tomar. También se encuentran los “multiniveles” donde la pirámide se camufla con la venta de un producto. En esencia, el producto es una mera excusa para captar más dinero, pues es consumido por el mismo integrante de la pirámide. La Ley 1700 de 2013, para evitar las pirámides camufladas allí y permitir una comercialización honesta, prohíbe que mediante ventas multinivel se presten servicios financieros, valores, alimentos altamente perecederos o medicamentos prescritos. En concepto del autor de este escrito, cuando las utilidades de un esquema multinivel provienen de la vinculación de otros vendedores y no del producto, se está frente a una pirámide, lo que tiene como efecto un esquema Ponzi que se marchita en la medida en que no hay más afiliados.

Como se ve, hay razones de peso para evitar que cualquier persona tenga acceso al dinero de los ahorradores y ello ha desatado crisis que el legislador intenta solucionar con normas que a veces parecen insuficientes. Especial atención merecen los escándalos de Interbolsa y el fondo Premium, temas que deberán ser consultados en otros textos pero que tienen directa relación con este documento.

La protección al consumidor en general

Para poder hablar del consumidor financiero se debe primero abordar la protección al consumidor en general que se encuentra en la Ley 1480 de 2011 que fue expedida después de la Ley 1328 de 2009, que contiene el Estatuto del Consumidor Financiero. La Ley 1480 fue expedida buscando actualizar el antiguo Estatuto del Consumidor que era el Decreto 3466 de 1982, época en la cual ni siquiera existían los medios de venta a distancia que ofrece internet hoy. Así mismo, se introducen formas de pago hoy día comunes como las que ofrece el sistema financiero aprovechando la tecnología de las telecomunicaciones.

El artículo 2 de la Ley 1480 establece:

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en

todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley⁵⁰.

De la interpretación de esta norma se puede ver cómo la Ley 1480 es un régimen de normas “suplementario” que llenará los vacíos que deje la Ley 1328.

Parte de la doctrina considera que las principales variaciones que introduce la Ley 1480 sobre la Ley 1328 se resume en la incorporación del principio *pro consumatore*, el deber de información en los contratos de adhesión por parte de las entidades financieras de forma suficiente, anticipada y expresa; y tales condiciones generales deben ser concretas, claras, completas, legibles a simple vista y sin espacios en blanco. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio, en un concepto de 2015, negó que a la actividad financiera se aplique la Ley 1480, dado que la que correspondía era la 1328 y que la superintendencia encargada de la respectiva vigilancia era la Financiera⁵¹.

Protección al consumidor financiero colombiano

Ahora, se entrará a estudiar protección al consumidor financiero que significó un importante avance en la protección al consumidor en general. Debe entenderse que, a falta de legislación especial, se aplicaba el obsoleto Decreto 3466 de 1982 que hacía de estatuto protector general, ya que nunca existió antes un cuerpo normativo entero dedicado específicamente a la materia. Lo anterior no obstaba para que el ejecutivo reglamentara mediante conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio la relación de consumo financiero⁵². Incluso, hubo una serie de artículos atomizados e incorporados en leyes y decretos que de forma tímida intentaron ser tuitivos al consumidor financiero, pero sin lograr ser un cuerpo normativo. A continuación, se verá cómo se gestó el actual Estatuto del Consumidor Financiero.

50 Colombia, Congreso de la República, “Ley 1480 de 2011: por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* (12 de octubre de 2011).

51 Olenka Woolcott, Antonio Éfing, Cinthia Obladen y Juan Gómez, *La protección del consumidor bancario* (Bogotá: Ibáñez, 2017), 80 y ss.

52 *Ibíd.*, 85

Exposición de motivos de la Ley 1328

La exposición de motivos⁵³ inicia haciendo un recuento de la historia de la banca en Colombia desde la década de los noventa cuando se expidió la Ley 45 de 1990 como respuesta a la apertura económica de la época que buscaba maximizar la liberalización de los mercados. En ese escenario, la banca se dividió en establecimientos de crédito y sociedades filiales de servicios financieros. Después, se expidió la Ley 510 de 1999 que buscaba conjurar la crisis creada por la citada liberalización e internacionalización y buscaba una profilaxis financiera que evitara las crisis. La Ley 795 de 2003 buscó nuevamente tener mecanismos de protección del sistema. Sin embargo, en ese contexto era posible aumentar la profundización financiera que ayudara a obtener recursos para invertir, mejorar las formas de pago y alertas tempranas sobre posibles crisis. Esto llevó a pensar en que era necesario establecer reglas para proteger al consumidor financiero para que la confianza de este aumentara y se incrementara la bancarización con sus ventajas macroeconómicas.

Respecto a la relación de consumo financiero, la exposición de motivos admitió la desigualdad material de las partes que se refleja en “una relación contractual generalmente asimétrica”. Tal asimetría se da por el mayor conocimiento de las entidades financieras sobre su operación y la contratación adhesiva. Así mismo, el Congreso pretendió darle doble protección al consumidor financiero, ya que consideraba que no se buscaba restringir los mecanismos que el consumidor pudiera tener en otras disposiciones, como el Estatuto del Consumidor de aquella época, que protegía a los consumidores en general.

Así como se exigieron prácticas diligentes de las entidades financieras, también se le pidió un mínimo de autocuidado al consumidor, en la medida en que, de la manera como se le concedían derechos, tenía los deberes de tener una diligencia y de suministrar información transparente, clara y veraz.

.....
53 Proyecto 282 de la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 138 del 11 de abril de 2008. http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=282&p_consec=17912

Ponencia del Proyecto de Ley 282 de 2008 de la Cámara, 286 del Senado

El proyecto de ley⁵⁴ que daría como resultado la Ley 1328 tuvo como objetivos la adopción de un esquema multifondos para las pensiones obligatorias del régimen de ahorro individual, microfinanzas y seguros, sector cooperativo financiero y una normativa dedicada a la protección del consumidor, entre otros temas. De hecho, el proyecto y la misma ley se titulan “Por el cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”. Por ello hubo una gran consulta a los gremios como Asobancaria, Asofondos, entre otros y a algunas asociaciones de consumidores como la Confederación Colombiana de Consumidores y otras.

Los ponentes de la ley aceptaron la asimetría negocial entre las partes en los contratos financieros, ya que había desigualdad económica, de la información, en la educación y, por ende, en el poder de negociación. Vieron como problemática la cantidad de artículos dispersos en varias normas que regulaban la protección al consumidor financiero y la imprecisión sobre derechos y deberes del consumidor y de las entidades financieras. Así mismo, aceptaron que no era su intención coartar las posibles vías de defensa que tenía el consumidor financiero, pues consideraron que este “cuenta con otros mecanismos previstos en normas generales que pueden resultar aplicables”⁵⁵.

Debido a la falta de claridad de las normas que trataban al consumidor financiero, debida en buena medida a su dispersión, se decidió hacer un glosario de términos que diera certeza sobre los sujetos y el objeto de la norma. En tratándose de principios, se decidió incorporarlos para que fueran una directriz en la toma de decisiones de las partes en la relación de consumo y del juez. Además, servirían de ilustración para la interpretación del resto de la ley.

A las entidades financieras se les encomendó la tarea de establecer su propio Sistema de Atención al Consumidor Financiero y, así mismo, deberían tener un defensor del consumidor financiero cada una, el cual debería ser autónomo y, por

54 Proyecto 282 de la Cámara de Representantes y 286 del Senado de la República. Gaceta del Congreso 341 del 10 de junio de 2008. http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=282&p_consec=18539

55 Ibídem.

ello, designado por la Superintendencia Financiera. Dada esta autonomía, también podrá ser conciliador y, por ello, permitir al consumidor un trámite rápido a sus inquietudes. Respecto del régimen sancionatorio, el desconocimiento del régimen de protección al consumidor se contempló como una causal de agravación de las sanciones de carácter administrativo que la Superintendencia Financiera pudiera imponer.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la defensa del consumidor, en el proyecto de ley se concluyó que se veló por los intereses del consumidor sin desconocer la libre competencia, la autonomía privada de la voluntad y la custodia de la actividad financiera por ser de orden público.

Protección al consumidor financiero en la Ley 1328

Aclárese primero que la Ley 1328 expedida el 13 de julio de 2009 no trata exclusivamente de la protección al consumidor, pues su título es “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”. Solamente el título 1 que va del artículo 1 al 22 se dedica a la protección del consumidor sin llegar a ser siquiera una cuarta parte de la ley que consta de 101 artículos.

Objeto y sujetos del régimen de protección al consumidor financiero

La Ley 1328 decidió en su artículo 1 que el objeto de la ley serían las relaciones entre consumidores financieros y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Indudablemente, estas últimas son de fácil identificación dado que se encuentran listadas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dentro de las categorías de entidades bancarias, financieras, aseguradoras y de valores. Pero no es tan pacífica la delimitación de los consumidores.

El artículo 2 establece las especies de consumidor financiero en cliente, usuario y usuario potencial. Al efecto, el artículo 2, literal d define “Consumidor financiero: es *todo* cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas” (cursiva fuera de texto). Sobre esta expresión la Corte Constitucional afirmó⁵⁶:

56 Corte Constitucional, Sentencia C-909 de 2012 de 7 de noviembre, M. P. Nilson Pinilla.

También ha de precisar esta Corte que la expresión “todo” converge en quien entraña una relación de consumo ante las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, de manera que, como consumidor financiero, (i) refiere a un determinado sector de la economía, (ii) frente a la adquisición de un bien o servicio, para satisfacer una necesidad propia, no ligada intrínsecamente a su actividad económica, componentes que coetáneamente permiten establecer que, (iii) aunque no sea habitual consumidor financiero, ello no enerva ni impide que llegue a serlo, manteniéndose como potencial consumidor, que se materializará al mostrar interés por un bien o servicio, y (iv) lo será todo aquel vinculado de una u otra forma, directa o indirectamente, con las entidades vigiladas por razón del producto o servicio ofrecido y adquirido o por adquirir, propio de tal actividad económica.

Las situaciones descritas en torno a “consumidor financiero”, abarcan a toda persona natural o jurídica, sin que concierna sobre esa calidad la existencia o no de desigualdades y asimetrías, o de circunstancias de necesidad o conveniencia, dado que las profundas desigualdades “inmanentes” al mercado y al consumo, explicadas por esta corporación a partir de los postulados del artículo 78 superior, son suficientes y superan cualquier incertidumbre, duda o especulación, una vez elevada a categoría constitucional el amparo de los derechos del consumidor.

[...] En otras palabras, las características particulares y personales de quien busca un bien o servicio de carácter financiero, no son óbice para ser considerado consumidor financiero, siempre que lo adquirido busque la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar y empresarial, no ligada intrínsecamente a su actividad económica, sin que por ello deban considerarse o añadirse otros factores.

Como se puede resumir, para la Corte la ley no distingue si hay o no asimetría, pues el artículo 78 de la Constitución busca proteger al consumidor partiendo del supuesto de que el mercado y el especial conocimiento de los bienes transados por parte de los productores o proveedores, dan como resultado una “inmanente” desigualdad. Valga anotar, que quedan excluidas de esta regulación las operaciones que realizan los bancos entre sí o cualquier otra persona que escape a las caracterizadas como cliente, usuario o cliente potencial.

Ahora bien, para aclarar las tres especies de consumidores financieros, cliente es el vinculado a la entidad como ahorrador o cuentacorrentista; usuario es el que no es cliente, pero usa los servicios, como aquel que paga las facturas de servicios públicos en un banco con el que no tiene vínculo alguno, y cliente potencial es aquel que se encuentra en la etapa precontractual, como la persona que recibe

información por parte de un asesor, con miras a abrir una cuenta o tal vez tomar un préstamo.

Catálogo de principios

Dadas las infinitas posibilidades que pueden darse en la práctica y las posibles lagunas o ambigüedades, tanto en la interpretación de la misma ley como de los contratos, el legislador en una tendencia cada vez más frecuente, incluyó una serie de principios que servirán de faro hermenéutico no solo a la misma ley, sino eventualmente a los contratos y relaciones objeto de estudio. Para ello, el artículo 3 establece seis principios que se estudiarán a continuación.

Debida diligencia: para la norma, consiste en el cuidado que debe tener la entidad financiera para ofrecer al consumidor productos o servicios. La finalidad es que se satisfaga la “causa” del consumidor. Para el Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria⁵⁷, la debida diligencia o *due diligence* es una herramienta para poder “conocer a su cliente”⁵⁸ que a su vez sirve para evitar el lavado de activos. Parece haber una discordancia entre el uso del término por la banca internacional a la que busca incorporarse y la normativa analizada. Pero la Superintendencia Financiera ha aclarado el alcance de este principio en el Concepto 2012094213-001 del 14 de diciembre de 2012, en el que resalta que este principio tiene como finalidad un trato debido y respetuoso de las entidades financieras para con los clientes. Ello redundará en un sistema de quejas y reclamos que permita al cliente tener plena confianza de que sus inquietudes y disconformidades serán atendidas, siendo esto armónico con artículo 7, literal k de la misma ley. Para ello se ordena crear el Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC).

Pero, aparte de lo dicho por las entidades de supervisión financiera y desde el punto de vista civil, se puede afirmar que la norma busca con precisión que los bancos informen y asesoren al cliente para que este tome la decisión económica óptima; esto es, que las entidades en la etapa de tratativas, perfeccionamiento del contrato, ejecución y liquidación deberán prestar todo su conocimiento al

57 Basel Committee on Banking Supervision, Working Group on Cross-Border Banking, *Customer due diligence for Banks*. Octubre de 2001. <http://www.fsa.go.jp/inter/bis/f-20011004-2c.pdf> 7

58 En inglés se le cita como “know-your-customer” abreviado KYC.

servicio del consumidor para darle los elementos técnicos que desconoce, para poder escoger la situación que sea más eficiente a sus intereses. En este contexto, la debida diligencia se materializa desde el principio de la relación de consumo en el hecho de que la entidad financiera deba conocer las necesidades del consumidor, lo que se compagina con lo ya dicho sobre “conocer a su cliente”, pero, esta vez, no para evitar el lavado de capitales, sino para prohiarle sus intereses en una especie de conducta propia de la “buena fe objetiva”⁵⁹.

Libertad de elección: esta es una condición necesaria no solo en la celebración de negocios jurídicos sino de la formación de un mercado perfecto que requiere el ejercicio de la libertad negocial que implica, al menos en este aspecto, con quien negociar. Debe recordarse que los contratos financieros son *intuitu personae* y que por ello los dos extremos en la relación de consumo contratan por las calidades específicas de su contraparte contractual. Es por eso que el consumidor busca entre todas las ofertas que el mercado le ofrece y contrata con aquella que más se ajusta a sus necesidades y de la misma forma, la entidad financiera analiza la solvencia económica, moral y demás características relevantes de sus posibles clientes para poder tomar la decisión de perfeccionar un contrato financiero.

Así, el consumidor es libre de elegir la entidad financiera que le resulta más atractiva después de al menos hacer una somera investigación y la entidad financiera investiga de una forma profesional y objetiva la idoneidad de su posible cliente para lo cual se sujeta a criterios técnicos que dan el soporte para determinar su aptitud para ser o no ser cliente.

Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna: una de las fuentes más importantes de la asimetría en la relación contractual financiera es la derivada de la desigualdad en la información. Se ha dicho reiteradamente que las entidades financieras conocen mucho más del negocio que sus clientes. Por ello, para darle balance a los posibles contratos la ley obliga a las entidades a dar la información que permita al consumidor la toma de su decisión óptima. Por lo tanto, esta información debe ajustarse a la verdad, contener la totalidad de datos relevantes y ser dada en el momento en que sea necesario.

59 La buena fe objetiva, o buena fe lealtad, para Alterini implica ir en pro de la contraparte contractual, no de sí mismo ya que la “lealtad”, se debe es a los demás. Jorge Alterini, “La buena fe y los perjuicios ante las adquisiciones a título gratuito. buena fe ~ buena fe contractual ~ concepto de buena fe ~ adquisición”, Buenos Aires, 2001. http://www.alteriniabogados.com.ar/images/La_buena_fe_prejuicios.pdf

El artículo 9 profundiza en este principio y detalla el mínimo de información a ser suministrada —incluso en internet— sobre los productos resumibles en características, costos, seguros, consecuencias del incumplimiento y en general la demás pertinente para la toma de decisión de contratar.

El inciso segundo acentúa este derecho-deber en lo atinente a fondos de pensiones, lo que tiene como claro trasfondo la división entre fondos de pensiones privados y públicos que tienen regímenes diferentes y complejos para los no versados que merecen y deben ser explicados. Para simplificar el dictamen del consumidor que se presume lego, en la etapa de tratativas, la entidad financiera debe suministrar el valor total unificado del posible contrato: ya sea de lo que recibiría, si la operación es pasiva o de lo que pagaría si de activa se trata.

Responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas: este apartado se coordina totalmente con las disposiciones del artículo 7, literal d, en el que se obliga a las entidades financieras a tener un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), el cual se describe en el artículo 8, donde se exponen los requisitos que debe reunir. Dado que este punto es mayoritariamente procedimental, no será tema de este capítulo.

Manejo adecuado de los conflictos de interés: se exige de las instituciones transparencia e imparcialidad. Tal mandato es relevante en la medida en que la entidad financiera tiene posición dominante y evidentemente propenderá por sus intereses.

Educación para el consumidor financiero: puesto que la asimetría en la información es la fuente de casi toda la desigualdad en la relación de consumo que se estudia, es uno de los principios más importantes, en los que el llamamiento de la ley es a todos los sujetos que siquiera tangencialmente tengan que ver con la actividad financiera, ya sea como consumidores, entidades financieras, los entes estatales que vigilan y autorreguladores.

En este sentido, a los consumidores financieros se les asignan unos deberes dedicados a su autocuidado e íntimamente relacionados con su educación. Los describe el artículo 6. El primero de ellos tiene que ver con la necesidad de cerciorarse de que la entidad financiera cuenta con la autorización de la Superintendencia Financiera, aclaración que es necesario hacer en virtud de la innumerable cantidad de captadoras ilegales de dinero como pirámides, cadenas, multiniveles fraudulentos, etc.,

que pululan en Colombia. La segunda obligación implica conocer el clausulado contractual para que se pueda tomar una decisión óptima y, de ser el caso, solicitar explicación o aclaración sobre cláusulas oscuras o demasiado técnicas para el consumidor. Ejemplo de lo que debe verificar en su contrato el consumidor se hace evidente en las exclusiones de los seguros, tema que ha sido debatido ampliamente en las relaciones del consumo por su capacidad de permitir o negar el pago de la indemnización a partir de lo que se establezca en el contrato. El usuario debe, así mismo, seguir instrucciones o recomendaciones de las entidades financieras tales como no permitir que alguien más conozca las claves de los productos, acceder a los servicios en línea desde equipos seguros y, finalmente, informarse del sistema de PQRS de cada entidad. La ley extrañamente incluye como una práctica de los consumidores la de obtener respuestas a sus solicitudes, obligación que más bien corresponde a la entidad financiera.

El artículo 6 deja en claro que la negligencia del consumidor en sus deberes no exime a la entidad financiera ni de las responsabilidades que por su culpa le quepan, ni de sus deberes legales y contractuales.

Finalmente, la ley materializa el deber de buena fe objetiva en las obligaciones del consumidor de suministrar la información pertinente a las entidades financieras, como en el caso de la *uberrima bona fides* en el contrato de seguro y de denunciar a las captadoras ilegales que tanto azotaron al crédulo pueblo colombiano en años pasados.

Se echa de menos el principio *in dubio pro consumatore* que irradia todo el derecho del consumo y que le da su verdadero carácter tuitivo. Tal omisión pudo haberse debido a la especialidad que buscaba la ley dejando el principio como una regla implícita en el régimen general, pero olvidando su posible ausencia en los casos regulados por la norma especial sobre consumo financiero. Como se verá más adelante, la no aplicación prevalente de este principio puede desembocar en desprotección al consumidor financiero. El principio sirve para interpretar en favor del consumidor, tanto la ley como los contratos. Evidentemente, ante tal disyunción se preferirá el ejercicio hermenéutico que más favorezca los intereses de la parte débil: el consumidor. Sin embargo, nada se opone a que se aplique el principio *interpretatio contra proferentem* contenido en la legislación civil colombiana y que establece que el clausulado se interpreta en contra de quien lo

redactó y a favor de la contraparte. Dado que los contratos financieros son adhesivos, la aplicación de este principio da como resultado que se deberán interpretar en favor del consumidor.

Derechos de los consumidores

La ley dedica el artículo 5 al tema y de entrada establece que la Ley 1328 se complementa con el Estatuto del Consumidor contenido en la Ley 1480. No busca restringir los derechos del consumidor en general sino precisamente ampliarlos en su calidad de consumidor financiero. En este orden de ideas, ante la incompatibilidad o duda de estos dos cuerpos normativos, debería aplicarse el principio *in dubio pro consumatore*, pero dada su ausencia, eventualmente se preferirá el principio hermenéutico “ley especial prevalece sobre ley general” en cuyo caso la Ley 1328 será la que siempre se aplique en casos de consumo financiero. Sobre el particular, la Superintendencia Financiera conceptuó⁶⁰:

Para determinar si los artículos de la Ley 1480 de 2011 se aplican o no a las relaciones de los consumidores financieros con las entidades vigiladas, será necesario revisar en cada caso si el régimen de la Ley 1328 de 2009 regula de manera integral la situación, *evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a las generales contenidas en el Estatuto del Consumidor.* (Cursivas fuera de texto)

Queda claro entonces que la Ley 1328 prevalece en caso de conflicto con la Ley 1480 y que esta última servirá para llenar los vacíos dejados por aquella.

Por lo demás, el artículo en estudio continúa listando los derechos de los consumidores y empieza por abordar el derecho a ser beneficiario de la debida diligencia a la que están obligadas las entidades financieras, como ya se vio. Pero especifica que el consumidor tiene derecho a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad.

También se le reconoce el derecho a la información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable en total armonía con lo dispuesto en la Ley 1480, pero adiciona dos derechos adicionales que son necesarios debido a la complejidad del mercado financiero y su infinidad de productos: información comparable y

60 Superintendencia Financiera, Concepto 2013008465-008 del 8 de julio de 2013. *Boletín Jurídico* 46, septiembre-octubre de 2013. <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletin4613/Proteccion%20Consumidor.html>

comprensible frente a las ofertas del mercado. Una de las dificultades que afronta el consumidor financiero que no es experto en el tema es la de la poca inteligibilidad que a simple vista ofrece un producto financiero.

En el mismo sentido, la ley da el derecho al consumidor financiero de recibir educación financiera que atenúe la asimetría en la información. Parece ser que la ley centra gran parte de sus esfuerzos en que la asimetría en la información se atenúe en lo máximo posible, pues es imposible eliminar la otra gran fuente de la desigualdad: el gran músculo financiero de las entidades financieras.

Uno de los avances más importantes en derecho del consumo, y que pone a tono la legislación colombiana con las de países vecinos, es la posibilidad que tiene el deudor del sistema financiero de prepagar capital sin tener que pagar intereses no causados o multas. La Ley 1555 de 2012 introdujo esta posibilidad, pero limitándola a los créditos que no sobrepasen los 880 SMMLV, pues el beneficio solo se prevé para deudores de bajo poder adquisitivo. Si de abonos parciales se trata, el consumidor podrá escoger si acorta el plazo o baja la cuota. Por mandato de la Corte Constitucional⁶¹ es indiferente la época en la que se adquirió el crédito, y el beneficio cubrirá a todos los créditos vigentes a la fecha de promulgación de la ley.

Valga aclarar que, para créditos de vivienda a largo plazo, la misma Corte⁶² determinó que también habrá posibilidad de prepagar capital sin pagar intereses no causados o multas de cualquier índole.

Obligaciones especiales de las entidades vigiladas

El artículo 7, parcialmente estudiado, compila las obligaciones de las entidades del sistema financiero. Estas buscan solucionar la asimetría en la información, como informar sobre los defensores del consumidor financiero, sus productos y servicios, redacción de contratos eficazmente inteligibles, tener un sitio en internet, reportar sus precios a la Superintendencia y divulgarlos, informar costos de operaciones y promover la educación financiera de los consumidores.

También obliga a las entidades financieras a cumplir sus contratos de buena fe, y por ello las obliga a ejecutar el contrato como se pactó y con seguridad, no

61 Corte Constitucional, Sentencia C-313-13 del 23 de mayo de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

62 Corte Constitucional, Sentencia C-252-98 del 26 de mayo de 1998, M. P. Carmenza Isaza de Gómez.

pactar cláusulas abusivas, ni hacer cobros indebidos y tener recursos humanos y físicos para ejecutar sus obligaciones.

También les obliga a tener un sistema de Atención al Consumidor Financiero eficaz, guardar el secreto financiero, permitir la consulta de las operaciones y brindar seguridad en las transacciones. Además, tiene el deber de toda persona de colaborar con las autoridades en la investigación de conductas irregulares.

Como se ve, no hay obligaciones que no se desprendan de principios establecidos en normas de derecho, tanto privado como público, ya existentes. Por el contrario, la norma lo que hace es simplemente especificar lo que el derecho ya insinuaba.

Abuso de posición dominante

La ley divide en dos las posibles formas de abuso de la posición dominante: cláusulas abusivas y prácticas abusivas.

Las cláusulas abusivas están descritas en el artículo 11 y se encuentran prohibidas y la consecuencia jurídica de establecerlas es la ineficacia de pleno derecho; consecuencia también contemplada en la Ley 1480 en su artículo 42. Se recuerda que, a menos que la ley lo establezca de forma taxativa, las cláusulas abusivas, según la doctrina basada en la ley, adolecen de objeto ilícito, entonces, la consecuencia jurídica será la nulidad absoluta que requiere de sentencia judicial. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que una cláusula abusiva es una contradicción al principio constitucional de la buena fe.⁶³

Para la definición de cláusulas abusivas, la Ley 1480 en su artículo 42 establece que “son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos”. La definición, que es muy acertada, deja abierta la puerta a cláusulas que establezcan desequilibrios, pero con alguna justificación, como el caso de restricciones a la cancelación de tiquetes aéreos promocionales.

Se considera que una cláusula abusiva es aquella que: (1) es impuesta por una parte en el momento de redactar el contrato, (2) impone ventaja desmesurada para

.....
⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil 14 de diciembre de 2011 M. P. Arrubla J.

una parte y/o desventaja desmesurada para la otra, y (3) que rompa el equilibrio justo del contrato irrazonablemente.

La teoría fue subsumida en el literal d del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 que dice: “Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero”.

Como se ve, los ejemplos dados por el artículo 11 de la Ley 1328 solo concretaron un caso: los pagarés en blanco, a los cuales les impuso la obligación de tener siempre carta de instrucciones para ser diligenciados. Por lo demás, deja las puertas abiertas para que cualquier cláusula que sea abusiva quede prohibida. Finalmente, la ley deja las puertas abiertas para que la Superintendencia Financiera establezca cualquier tipo de cláusula que se considere abusiva.

Respecto de las prácticas abusivas, el artículo 12 tuvo que separarlas de las cláusulas abusivas en virtud de que no podía aplicársele la ineficacia de pleno derecho sino sanciones de carácter administrativo impuestas por la Superintendencia Financiera. En tales prácticas se proscriben las ventas atadas de productos financieros, la iniciación o renovación de servicios sin autorización del consumidor, la inversión gravosa de la carga de la prueba y finalmente se deja a criterio del ente regulador establecer otro tipo de estas.

Resumidas cuentas, el abuso de posición dominante no ha sido taxativamente positivizado debido a las infinitas posibilidades fácticas que pueden darse y es por ello por lo que se deja a la Superintendencia Financiera la facultad de determinarlas. No podrá ser de otra forma dada la dinámica financiera siempre cambiante, ofreciendo nuevas alternativas que seguramente rebasarían cualquier intento de la ley de describirlas y mucho menos regularlas.

Concluyendo, se puede decir que la regulación sobre abuso de posición dominante tiene como objetivo dotar de equilibrio al contrato, animado en la buena fe que irriga todo el derecho contractual y que busca, en medio de la lealtad contractual, mitigar la asimetría entre las partes de la relación de consumo. Extiéndase tal buena fe a las prácticas que escapan a la regulación contractual, pero con la misma mira apuntada a la búsqueda de simetría contractual.

Conclusiones

El manejo del mercado de capitales es altamente importante para el desarrollo económico de los países. Debe encontrar el equilibrio entre los intereses de todos los actores tales como el Estado, que reconoce al mercado de capitales como un factor importante para aumentar el PIB; los demandantes de capital, como las empresas que buscan expandir sus operaciones o los consumidores que requieren simplemente adquirir bienes o servicios y las entidades financieras que buscan un margen de utilidad.

Como ha demostrado la historia, la falta de prudencia en el manejo del sistema financiero puede conducir a crisis que pueden perjudicar la economía completa de un país o incluso la global. En ese marco, la vigilancia del sistema es fundamental por lo que una superintendencia financiera fuerte y autónoma, que sea capaz de mantener el riesgo bajo control, es necesaria para prevenir o solucionar las posibles crisis. La tentación del abuso en el manejo del ahorro del público siempre estará presente y por ello el ente de control deberá estar siempre atento a cualquier alerta temprana que permita evitar una crisis. La importancia de tal intervención viene dada desde la misma constitución política que reconoce la actividad como medular para el desarrollo de la economía en general. Y en ese mismo sentido, también es necesaria para que coadyuve en la defensa de los intereses de los consumidores, a toda luz, la parte débil de la relación de consumo financiero.

Queda el sinsabor de no ver positivizado el principio *in dubio pro consumatore* que permitiría una profundidad tuitiva capaz de hacer una herramienta respetable y de dar un verdadero balance a la ecuación contractual; no obstante, los principios como el *interpretatio contra proferentem* puede llenar parcialmente el vacío dejado allí.

En todo caso, queda la mayor labor regulatoria en manos de la Superintendencia Financiera que tiene el conocimiento y las facultades entregadas por la ley para hacer de la protección al consumidor una bandera más de justicia dentro de un sistema jurídico que clama por realizar la justicia material, tal y como la constitución lo proyecta y ordena.

Referencias

- Akerlof, George. "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism". *The Quarterly Journal of Economics*, n.º 84 (3) (1970): 488-500. http://www.jstor.org/stable/1879431?seq=1#page_scan_tab_contents
- Alterini, Jorge. "La buena fe y los perjuicios ante las adquisiciones a título gratuito. Buena fe ~ buena fe contractual ~ concepto de buena fe ~ adquisición". Buenos Aires, 2001. http://www.alteriniabogados.com.ar/images/La_buena_fe_prejuicios.pdf
- Aparicio, Mónica. "Una lección dolorosa". *Revista Semana* (21 de junio de 2009). <http://www.semana.com/especiales/articulo/una-leccion-dolorosa/104434-3>
- Basel Committee on Banking Supervision. Working Group on Cross-Border Banking. Customer due diligence for Banks. Octubre de 2001. <http://www.fsa.go.jp/inter/bis/f-20011004-2c.pdf>
- Biblioteca Nacional del Congreso Nacional de Chile. Ley 20555 que modifica Ley 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865#-1>
- Bustelo, Pablo. "Las crisis financieras asiáticas (1997-1999): nuevos indicadores y escasos precedentes". *Boletín Económico de Información Comercial Española*, n.º 2626, 6-12 (1999): 21-25. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eid/pb/busbice99.pdf>
- Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Orientaciones sobre la aplicación de los Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz a la regulación y supervisión de instituciones relevantes para la inclusión financiera. Septiembre de 2016, 20-33. https://www.bis.org/bcbs/publ/d383_es.pdf
- Congress of the United States of America. H.R.4173 - Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. 111th Congress (2009-2010) <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4173/text?r=1>
- "Crisis financiera y fin de UPAC". *El Tiempo*, 5 de agosto de 2002. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1347546>
- Enciclopedia Banco de la República. Depósitos a término fijo. http://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/Dep%C3%B3sitos_a_t%C3%A9rmino_fijo
- Eur-Lex. Access to European Union Law. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32014L0017>
- Eur-Lex. Access to European Union Law. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0630>
- "Fin del imperio Michelsen". *El Tiempo*, 2 de marzo de 1998. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-757863>

- Garay, Luis Jorge. *Colombia: Estructura industrial e internacionalización 1967-1996*. Biblioteca Virtual del Banco de la República, 2004. <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industrialatina/indice.htm>.
- “Gaviria privatizó 30 entidades financieras”. *El Tiempo*, 21 de julio de 1994. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-177801>
- Guevara, Jacqueline. “El gobierno decidió vender Banco Popular”. *El Tiempo*, 21 de diciembre de 1994. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-267919>
- Haro, José Luis. “Regla Volcker: ‘El dinero del cliente no se usa para invertir’”. *El Economista*, 10 de diciembre de 2013. <http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/5383460/12/13/Regla-Volcker-El-dinero-del-cliente-no-se-usa-para-invertir.html>
- Hernández, Antonio. “La banca central en Colombia. Banco Nacional (1880), Banco Central (1905), Banco de la República (1923)”. *Revista Credencial* n.º 135 (2001). <http://www.banrepcultural.org/node/32756>
- Indecopi. Código Peruano de Protección y Defensa del Consumidor Ley 29.571. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/177451/CodigoDProteccionyDefensaDelConsumidor%5B1%5D.pdf/934ea9ef-fcc9-48b8-9679-3e8e2493354e>
- Jaramillo Betancur, Fernando. “Tasas de interés e intermediación”. *Revista Lupa Empresarial*, 4 digital. <https://revistas.ceipa.edu.co/index.php/lupa/article/view/496>
- Krugman, Paul y Robin Wells. *Macroeconomía: introducción a la economía*, traducido por G. Pérez Barcelona: Reverté, 2007. https://books.google.com.co/books?id=9kuFd0Hb8T0C&printsec=frontcover&dq=krugman+p+wells+r&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwigJTbio_eAhVmp1kKHD_PBIwQ6AEIKDAA#v=onepage&q=egoistas&f=false
- “La crisis financiera”. *Revista Semana* (23 de junio de 1997). <http://www.semana.com/especiales/articulo/la-crisis-finaciera/32786-3>
- “La quiebra del Grupo Grancolombiano”. *Revista Dinero* (21 de agosto de 2013). <http://www.dinero.com/edicion-impresa/caratula/articulo/la-quiebra-del-grupo-grancolombiano/182460>
- Londoño Rendón, Carlos Enrique. “La apertura económica en Colombia”. *Revista Pensamiento Humanista* n.º 4 (1998). <https://revistas.upb.edu.co/index.php/PensamientoHumanista/article/view/336/295>
- Meisel Roca, Adolfo. “Orígenes de la banca comercial en Colombia: la banca libre, 1870-1886”. *Revista Credencial*, n.º 135 (2001.) <http://www.banrepcultural.org/node/32755>
- “Muere el Banco de Colombia, Nace el Bancolombia S. A”. *El Tiempo*, 6 de abril de 1998. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-762389>
- Nadal, Alejandro. *El concepto de mercado. Conceptos y fenómenos de nuestro tiempo*. UNAM. Marzo de 2010. http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/450trabajo.pdf

•El consumidor financiero: aproximación desde el derecho sustancial •

- Ortega de la Poza, Rafael. *Fundamentos de dirección financiera*. Madrid: Esik, 2017. https://books.google.com.co/books?id=VVdqDwAAQBAJ&pg=PT663&dq=hipoteca+subprime&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiZ4OWnj4_eAhUSzlkKHfcwD4sQ6AEIKDAA#v=onepage&q=hipoteca%20subprime&f=false
- Pizano, Eduardo. “La crisis y sus lecciones”. *Revista Semana* (21 de junio de 2009). <http://www.semana.com/especiales/articulo/las-crisis-lecciones/104368-3>
- “¿Qué es la ley Dodd-Frank que Trump quiere demoler?”. *El Financiero*, 3 de febrero de 2017. <http://www.elfinanciero.com.mx/mundo/que-es-la-ley-dodd-frank-que-trump-quiere-demoler.html>
- Reinhart, Carmen y Kenneth Rogoff. *Is the 2007 U. S. subprime financial crisis so different? An international historical comparison*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2008. <http://www.nber.org/papers/w13761.pdf>
- Restrepo Yusti, Manuel. “Comerciantes y banqueros: el origen de la industria antioqueña”. *Boletín Cultural y Bibliográfico*, 25, n.º 17 (1988): 31-53. https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/boletin_cultural/article/view/2750/2830
- Smith, Adam. *La riqueza de las naciones: libros I, II, III y selección de los libros IV y V*, traducido por Carlos Rodríguez Braun. Madrid: Alianza, 1996.
- Subgerencia Cultural del Banco de la República. *El UPAC y la UVR*, 2015. http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/el_upac_y_la_uvr
- Superintendencia Financiera de Colombia. Circulares Externas, cartas circulares y resoluciones desde el año 2005. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=20149>
- Superintendencia Financiera. Concepto 2013008465-008 del 8 de julio de 2013. *Boletín Jurídico* n.º 46 (septiembre-octubre de 2013). <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletin4613/Proteccion%20Consumidor.html>
- Tambussi, Carlos Eduardo. “El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino”. *Revista Lex Universidad Alas Peruanas*, 14, n.º 18 (2016). <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1236/1219>
- Tapia, Alberto. Transparencia de los seguros de vida vinculados a los préstamos hipotecarios: la adaptación a la Directiva 2014/17/UE. 11 de octubre de 2016. <http://ajtapia.com/2016/10/transparencia-de-los-seguros-de-vida-vinculados-a-los-prestamos-hipotecarios-la-adaptacion-a-la-directiva-201417ue/>
- Thompson, Iván. Definición de mercado. <https://www.promonegocios.net/mercadotecnia/mercado-definicion-concepto.html>
- Universitat de Girona. European and compartaive private law page. <http://civil.udg.es/epclp/texts/es/87-102.htm>

Uribe, José Darío. Algunas lecciones relevantes aprendidas de la crisis financiera colombiana de 1998-1999. Banco de la República. http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/jdu_may_2008.pdf

Wiesner, Luis Roberto. “El grupo Grancolombiano como sistema abierto”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 13 (1993). https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri337.pdf

Woolcott, Olenka, Antonio Éfing, Cinthia Obladen y Juan Gómez. *La protección del consumidor bancario*. Bogotá: Ibáñez, 2017.

Normativa

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de Colombia”. *Gaceta Constitucional* 116 (julio 1991).

Colombia. Congreso de la República. “Ley 1480 de 2011: Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial* (12 de octubre de 2011).

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-252-98 del 26 de mayo de 1998, M. P. Carmenza Isaza de Gómez.

Corte Constitucional. Sentencia C-955/00 de 26 de julio de 2000, M. P. José Gregorio Hernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 14 de diciembre de 2011, M. P. Jaime Arrubla.

Corte Constitucional. Sentencia C-909/12 de 7 de noviembre de 2012, M. P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia C-313-13 de 23 de mayo de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

SEGUNDA PARTE
LA CAPACIDAD DE EJERCICIO EN DISCUSIÓN



BREVE EXCURSO SOBRE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LOS MENORES EN ESPAÑA¹

Raquel Guillén Catalán²

Introducción

Este trabajo pretende dar una visión general de la capacidad de contratar de los menores en el ordenamiento jurídico español.

La importancia de su estudio se centra no únicamente en conocer la legislación española en relación con la facultad de representación que tienen los padres sobre los menores no emancipados, sino también en señalar los actos que pueden realizar los menores por sí solos, así como interiorizar el alcance del denominado “interés superior del menor”, concepto jurídico indeterminado que extiende su articulación más allá del derecho de familia y que el Tribunal Supremo ha aplicado en el ámbito contractual con menores.

1 Este trabajo se desarrolla en el marco del Grupo Valenciano de Estudio del Derecho Privado Europeo-GEVDPE (GIUV2013-118) y del Proyecto I+D+i sobre el derecho civil valenciano y europeo (PrometeoII/2015/014).

2 Profesora titular de Derecho Civil, Universitat de València (España). Doctora en derecho por la Universitat de València (España) en 2008 y Premio Extraordinario de Doctorado. Raquel.guillen@uv.es.

La capacidad para contratar de los menores

La capacidad de obrar de los menores

El artículo 315 del Código Civil (en adelante cc), dispone que “la mayor edad comienza a los dieciocho años”³. La citada norma es acorde con el artículo 12 de la Constitución española, en adelante CE, según el cual “los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”⁴.

En este sentido, el artículo 322 cc destaca que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código”⁵.

En consecuencia, desde el momento en que el menor cumple la mayoría de edad, el legislador le presume la capacidad suficiente para realizar actos válidos y eficaces, extinguiéndose la patria potestad⁶, salvo que la citada persona tenga modificada judicialmente su capacidad de obrar y esta sea prorrogada, en virtud del artículo 171 cc.

No obstante, a pesar de que los padres o tutores tienen la representación de los menores durante su minoría de edad, es un hecho que el menor de edad no emancipado realiza determinadas contrataciones⁷.

A partir de esta afirmación cabe plantearse concretamente cuál es la capacidad contractual que se le puede atribuir a un menor de edad no emancipado⁸.

3 España. Código Civil, art. 315.

4 España. Constitución Española, art. 12.

5 España. Código Civil, art. 322.

6 María del Rosario Martín Briceño, “La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (1)”, *Actualidad Civil*, n.º 3, (2017): 2-3.

7 Piénsese en la adquisición de material escolar para el colegio, en un *ticket* de autobús para desplazarse o la compra de la merienda en una panadería.

8 En la realización de este trabajo se deja al margen la capacidad para contratar de los menores emancipados, ya que el artículo 323 cc establece que “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador”. Por tanto, la emancipación se asemeja a la mayoría de edad, salvo la necesidad de obtener el complemento del consentimiento de sus padres en determinados supuestos excepcionales de contratación. Además, el trabajo únicamente hace referencia a la capacidad de contratar de los menores en el derecho común bajo la regulación del Código Civil, dejando al margen las especialidades de algunas comunidades autónomas. Téngase en cuenta que, aunque el artículo 149.1.8 CE establece la

La capacidad contractual de los menores

El artículo 1263 cc se pronuncia sobre la prestación del consentimiento de los menores para contratar⁹. El mencionado precepto establecía que no podían prestar consentimiento, ni los menores no emancipados, ni los incapacitados.

No obstante, la redacción del citado artículo fue modificada tras la promulgación de la Ley 26 de 2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia¹⁰.

Concretamente, la reforma introducida amplía el contenido del artículo 1263 cc al establecer que no pueden prestar consentimiento los siguientes dos sujetos: los menores no emancipados y las personas que tienen su capacidad modificada judicialmente.

No obstante, el citado precepto, respecto del primer grupo de sujetos, exceptúa de la limitación señalada de prestar el consentimiento los contratos que realicen los menores no emancipados que el ordenamiento jurídico español les permita realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, así como aquellos contratos relativos a bienes y servicios de la vida corriente, propios de su edad, de conformidad con los usos sociales; respecto al segundo grupo de sujetos especifica el precepto de que no podrán contratar las personas que tienen su capacidad modificada judicialmente en los términos que describa la sentencia judicial.

competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil, posibilita la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. A modo ejemplificativo sobre la capacidad de los menores en otros ordenamientos jurídicos dentro del Estado español, véase Aurora López Azcona, "La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 2 (2015): 453-465.

9 Al respecto, véase María del Rosario Martín Briceño, "La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (1)"; 3, que señala que "el artículo 1261 cc dispone que, para la plena validez de un contrato, es necesario que concurren la voluntad de los contratantes, el objeto que sea materia del mismo, la causa de la obligación, y, excepcionalmente, la forma, que actuará como elemento esencial cuando la ley así lo determine. Nada se afirma sobre la capacidad para contratar. Ésta se presume en el consentimiento que emiten las partes del contrato..."

10 Para un estudio completo de todas las modificaciones introducidas por la citada norma, véase, entre otros, Gema Alejandra Botana García, "La ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Civil*, n.º 9 (2015): 16-31 y Antonia Paniza Fullana, "La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2, n.º 8, (2015): 141-152.

Por tanto, se debe realizar una interpretación a *sensu contrario* del mencionado artículo, con la finalidad de delimitar los supuestos en los que un menor de edad no emancipado puede contratar¹¹.

En consecuencia, se requiere que la lectura de los preceptos anteriores sea realizada a la luz de lo dispuesto por el legislador respecto al ejercicio de la patria potestad, que será desarrollado en el epígrafe siguiente.

La representación legal de los padres

Como se ha señalado en los apartados anteriores, la especial situación de los menores de edad que no han adquirido la plena capacidad de obrar es protegida por el legislador español a través de la actuación de sus padres.

En particular, el artículo 154 CC establece que “los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres”¹² y la citada función comprende no solo la necesidad de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, sino también “representarlos y administrar sus bienes”.

Además, el artículo 162 CC establece que “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”¹³. Por ello, con carácter general, se podría, en principio, afirmar que los contratos perfeccionados por los progenitores en representación de los hijos menores serían válidos.

No obstante, el mismo precepto exceptúa de la representación de los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad que el menor de edad pueda ejercitar por sí mismo de acuerdo con su madurez, los actos en los que exista un conflicto de intereses entre los progenitores y los menores y, por último, aquellos actos relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres¹⁴.

11 Interpretación que debe realizarse de manera restrictiva. Vid. María del Rosario Martín Briceño, “La capacidad contractual...”, 5.

12 España. Código Civil, art. 154.

13 España. Código Civil, art. 162.

14 Antes de la reforma del año 2015, el precepto se pronunciaba en similares términos. Concretamente exceptuaba: “1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. 2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres”.

Además, el último apartado del artículo mencionado señala que los progenitores que deseen realizar contratos en los que se obligue a su hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento del menor si este tuviera suficiente juicio.

En consecuencia, los menores de edad, como no tienen plena capacidad de obrar, puesto que se adquiere con la mayoría de edad o con la emancipación en el ordenamiento jurídico español, necesitan de la intervención de sus representantes, ya sean padres o tutores, para que actúen en su nombre o administren sus bienes¹⁵.

No obstante, el legislador español permite a los menores de edad no emancipados realizar determinados actos por sí solos, quedando excluida la representación legal que tienen los padres sobre ellos.

En particular, se debe prestar especial atención a los actos relativos a los derechos de la personalidad que el menor, de acuerdo con su madurez, pueda realizar por sí mismo, puesto que dichas actuaciones están relacionadas con el libre desarrollo de su personalidad que está protegido constitucionalmente en el artículo 10 CE.

Así mismo, junto con los actos anteriores relacionados con la persona del menor, se debe hacer alusión a los actos patrimoniales realizados por este. Respecto a este tipo de actos realizados por el menor, la regla general es que los padres o tutores del menor velen por la protección patrimonial de sus hijos actuando como representantes legales de los mismos, salvo que existiera conflicto de intereses entre los padres y el hijo o se refiera a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Sin embargo, el párrafo primero del artículo 166 CC establece que

Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal¹⁶.

15 María Luisa Atienza Navarro, "La edad", en *Derecho civil I*, coord. por José Ramón de Verda Beamonte (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), 106.

16 España. Código Civil, art. 166.

Y el párrafo segundo señala que “los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo”¹⁷.

En consecuencia, puede deducirse que los padres, en su condición de representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes, pueden realizar todos aquellos actos patrimoniales no mencionados en el citado precepto, siendo la finalidad primordial de este artículo la protección de los intereses patrimoniales de los menores¹⁸.

La configuración del interés superior del menor

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado y, por ello, debe ser delimitado en relación con cada supuesto específico que se analiza, es decir, en cada caso particular se debe determinar en qué consiste dicho interés¹⁹.

Además, se debe reseñar que la concreción de dicho concepto debe interrelacionarse con el respeto a los derechos fundamentales del menor²⁰, especialmente con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989²¹.

17 Al respecto es importante tener en cuenta las consecuencias jurídicas en el supuesto de que los representantes legales realicen los actos descritos sin la correspondiente autorización judicial. En ese sentido, se debe solo apuntar que mientras las iniciales STS entendían que el contrato realizado era nulo, posteriormente se fueron pronunciando a favor de la anulabilidad del contrato, dado que este puede ser después confirmado por el menor, al alcanzar la mayoría de edad. Vid. Atienza Navarro, “La edad”, 109.

18 Dicho artículo debe ser interpretado restrictivamente y no puede extenderse a supuestos que no estén expresamente contemplados. Véase Cristina Gil Membrado, “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Civil*, n.º 1, (2017): 60.

19 En este sentido de precisar el concepto indeterminado acudiendo a las circunstancias concretas se pueden citar, entre otros, Ana Isabel Berrocal Lanzarot, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 746 (2014): 3290. Son evidentes los problemas que se derivan de la citada indeterminación del concepto y su posterior concreción. Vid., Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor* (Madrid: Dykinson, 2007), 28-30.

20 Véase María Asunción Linacero de la Fuente, “La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, *Actualidad Civil*, n.º 4, (1999): 1585-1586; así como el artículo 3 LOPM que establece, en este sentido, en el párrafo primero que “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”. Por su parte el párrafo segundo señala que “La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”.

21 En su párrafo primero del artículo 3 señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

De todos es conocido que el citado concepto se ha desarrollado jurisprudencialmente en el derecho de familia. Piénsese, por ejemplo, en la determinación de la custodia en una situación de crisis familiar²² o en la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad²³.

Por ello, la novedad de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que se procede a comentar en el siguiente epígrafe radica en que se aplica, por primera vez, este principio al derecho patrimonial como medida de protección de los intereses de los menores en este ámbito.

Por último, se hará referencia a la Ley Orgánica 8 de 2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁴ que ha desarrollado el concepto de interés del menor²⁵.

22 Entre otras, véase la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 579 de 2017, de 25 de octubre de 2017. En la citada sentencia se recuerda que el interés del menor está configurado por la doctrina jurisprudencial como un principio básico o fundamental que determina la elección del régimen de guarda, citando, la STS 261 de 2012, de 27 de abril. Además, el Tribunal Supremo señala que el citado criterio es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas, según lo ya afirmado por el citado tribunal en la Sentencia 576 de 2010, de 1.º de octubre. Véase, para mayor información sobre los criterios utilizados para la determinación de la custodia tanto por la jurisprudencia, como los establecidos por la normativa autonómica, la sistematización realizada por Javier Martínez Calvo, "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 (2015): 202-203. Así mismo, relacionado con este tema en particular, véase Sonia Rodríguez Llamas, "La atribución de la guardia y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor: comentario a la STS 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824)", *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19 (2015): 562-575.

23 Véase, entre otras, la Sentencia del 660 de 2014, de 28 de noviembre recuerda que es doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 cc. No obstante, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 695 de 2011, de 10 de octubre, estableció la siguiente doctrina: "El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos".

24 Esta norma debe ser relacionada con el párrafo primero del artículo 39 CE. Vid. Lucía Vázquez-Pastor Jiménez, "Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Revista de Derecho Privado*, n.º 4 (2016): 42.

25 Se puede afirmar que la importancia de esta norma versa en concretar el concepto de interés superior del menor de una manera detallada. Vid. Jiménez Vázquez-Pastor, "Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", 44. Además, la citada autora realiza su análisis en atención al concepto triple del interés superior del menor que, según la observación general número 14 del Comité de derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas de 29 de mayo de 2013, este tiene. Concretamente, véase la página 3 de la citada observación.

Su reciente tratamiento jurisprudencial en materia contractual

Cuando se estudia el principio de interés superior del menor en el ámbito de la contratación se debe analizar, obligatoriamente, la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 26 de 5 de febrero de 2013.

La citada sentencia realiza una extraordinaria contribución doctrinal respecto a la cuestión de la contratación de menores. Concretamente, en relación con un precontrato en el ámbito deportivo.

Antecedentes de hecho

En primer lugar, y antes de señalar cada una de las aportaciones de la citada sentencia, se procede a realizar un breve comentario de los antecedentes de hecho del caso enjuiciado para situar al lector.

Los padres de un menor de 13 años firmaron, en su nombre, con el F. C. Barcelona un contrato de jugador no profesional y un precontrato de jugador profesional.

Mientras el contrato de jugador no profesional tenía una duración determinada y se contemplaba la posibilidad de extinción anticipada del contrato a voluntad del jugador mediante el pago de 30.000 euros al club de fútbol en concepto de indemnización, en el precontrato de jugador profesional se establecía una cláusula penal de tres millones de euros, actualizables a la fecha del incumplimiento, si el jugador, cuando cumpliera la mayoría de edad, no firmaba el contrato de trabajo con el F. C. Barcelona para vincularse a otro club²⁶.

El F. C. Barcelona interpuso una demanda contra el futbolista reclamando la cuantía de 3.849.000 euros por el incumplimiento del contrato, puesto que el futbolista, una vez cumplida la mayoría de edad, no firmó un contrato de trabajo con el citado club, sino que se integró en la plantilla del Real Club Deportivo Español.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero parcialmente, puesto que condenaba al futbolista demandado a abonar al club de fútbol demandante la cuantía de 30.000 euros “en concepto de indemnización por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional y 500.000 euros

26 Se debe precisar que la práctica es que sean los clubes los que abonen las citadas cláusulas. Vid. Ana Díaz Martínez, “La Tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2, n.º 1 (2013): 59.

en concepto de indemnización por aplicación de cláusula penal contenida en el precontrato²⁷.

Se interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia revocando parcialmente la anterior sentencia y se condenaba al futbolista al pago de totalidad de la cuantía solicitada, 3.489.000 de euros al entender que el contrato firmado por los padres del futbolista no era nulo, por cuanto su actuación se encontraba dentro del ámbito de la patria potestad²⁸.

El futbolista interpuso ante el Tribunal Supremo recurso extraordinario por infracción procesal, que no fue admitido a trámite, y recurso de casación que fue estimado.

El Tribunal Supremo declaró la nulidad del precontrato celebrado entre el jugador y el F. C. Barcelona y, en consecuencia, de la cláusula penal prevista en el mismo, pero se condenaba al futbolista recurrente al pago de la indemnización establecida en el contrato de jugador no profesional en concepto de rescisión anticipada del contrato.

Fundamentación jurídica

En primer lugar, el Tribunal Supremo considera que el negocio jurídico perfeccionado por las partes debe ser considerado como precontrato²⁹, ya que este obligaba a iniciar una relación laboral en un futuro.

No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo señalaba que la duración del contrato por 10 temporadas vulneraba el derecho de decidir del menor sobre su futuro profesional futbolístico que podía ejercerlo con la mayoría de edad o a los 16 años.

27 Sentencia del Juzgado Primera Instancia 29 Barcelona vía Laietana, 2, 1.ª Planta Barcelona, Procedimiento Ordinario 33 de 2008 Sección E1 Parte demandante F. C. Barcelona Procurador Ignacio López Chocarro Parte demandada José Raúl Baena Urdiales Procurador Rafael Ros Fernández, Sentencia 2 de 2009 en Barcelona, 12 de enero de 2009.

28 Véase para un estudio en profundidad de la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Alberto Llorente Álvarez, "¿Cabe un precontrato de trabajo con un deportista aficionado menor de edad?: Jurisdicción competente e indemnización", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 31 (2011): 337-346.

29 Respecto al concepto, características y naturaleza jurídica del precontrato, véase una breve sistematización, en Raquel Guillén Catalán, "El interés superior del menor como límite del ejercicio de la patria potestad: comentario a la STS n.º 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013.928)", *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19 (2015): 758-767.

La sentencia continúa especificando que

un contrato laboral de un menor de 16 años iría en contra del orden público, puesto que el párrafo primero del artículo 6 del Estatuto de Trabajadores prohíbe, de manera expresa, la admisión al trabajo a los menores de 16 años³⁰. No solo cabe mencionar ese aspecto, sino que hay que tener en cuenta que en el precontrato se hacía mención expresa a la cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando sea, en su caso, jugador profesional.

En este sentido, no cabe ninguna duda de que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad que se regula en la Ley Orgánica 1 de 1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El párrafo primero del artículo tercero de la mencionada norma establece que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil” y el párrafo segundo, a continuación, afirma que, “en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal”.

Por tanto, si la decisión sobre el futuro profesional futbolístico del menor se engloba dentro de los actos que afectan al libre desarrollo de su personalidad, el menor del supuesto de hecho analizado en este comentario debería haber podido manifestar por él mismo su consentimiento sobre el contrato en cuestión cuando hubiera alcanzado los 16 años, hecho que era imposible de materializar teniendo en cuenta la vinculación contractual con el F. C. Barcelona que habían consentido sus padres³¹.

En consecuencia, el Tribunal Supremo considera nulo el precontrato formalizado por los padres entendiendo que el poder de representación que ostentaban, en virtud del artículo 162 CC, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, en la que se incluye la decisión del menor sobre su futuro profesional futbolístico³².

30 Para un mayor análisis desde el punto de vista laboral, véase Víctor Manuel Seligrat González, “Contratos deportivos y protección de menores”, *Actualidad Civil*, n.º 4, (2014): 6-7.

31 Sentencia del Juzgado Primera Instancia 29 Barcelona vía Laietana, 2, 1.ª Planta Barcelona, Procedimiento Ordinario 33 de 2008 Sección E1 Parte demandante F.C. Barcelona, Procurador Ignacio López Chocarro, Parte demandada José Raúl Baena Urdiales, Procurador Rafael Ros Fernández, Sentencia 2 de 2009 en Barcelona, 12 de enero de 2009.

32 Es decir, la decisión debe ser del propio menor una vez alcanzada la madurez suficiente. Vid. Gil Membrado, “Límites a la autonomía de la voluntad...”, 59.

No obstante las anteriores extraordinarias afirmaciones, la importancia de la sentencia radica en considerar “que el interés superior del menor se debe situar en el centro de referencia y principio informador del conjunto de normas del ordenamiento jurídico, incluyendo el ámbito contractual”³³.

La importancia de su configuración como principio general del derecho se encuentra en que “los principios generales del derecho actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores, pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente del derecho, pueden tener un significado informador de la ley o de la costumbre”³⁴.

Por ello, señala literalmente la sentencia que

el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años. (Artículo 162.1 cc)

Pero, además, el tribunal, en el presente caso, articuló el interés superior del menor como criterio rector en orden a enjuiciar la posible validez de la contratación celebrada con menores, teniendo prevalencia el mencionado principio sobre el principio *pacta sunt servanda* en caso de conflicto.

Por ese motivo, la estimación del recurso de casación por el Tribunal Supremo no se basaba únicamente en determinar el carácter abusivo o no de la cláusula penal, sino en la incidencia de la aplicación del principio de interés superior del menor en la validez del contrato que conlleva, obligatoriamente, el estudio de los límites de la autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1255 cc, así como de la extensión de la representación de los hijos, explicada antes³⁵.

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara la nulidad del contrato afirmando

33 Vid. Luz Martínez Velencoso, “La necesaria observancia del interés superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 93 (2013): 457-472.

34 De ese modo, se pronuncia la Exposición del Decreto 1836 de 1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil.

35 Comparto con la profesora Martín Briceño la afirmación que “el menor emancipado tiene capacidad suficiente para vincularse a través de un contrato de servicios, siempre y cuando sea propio de su edad y no entrañe ningún riesgo para su persona”. Vid. Martín Briceño, “La capacidad contractual del menor...”, 6.

que no puede vulnerarse el derecho a decidir de los menores sobre su futuro profesional y, ante la desmedida cláusula penal mencionada que impide, dado sus efectos obligacionales, la libre elección que solo puede ejercitar el menor por sí mismo, considera que en este ámbito no tiene validez la representación cuando impide el libre desarrollo de la personalidad^{36, 37}.

Su desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico español

El artículo primero de la Ley Orgánica 8 de 2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que modifica la Ley Orgánica 1 de 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPM)³⁸, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil desarrolla legislativamente el alcance del interés superior del menor³⁹.

En particular, al objeto de este trabajo, se debe señalar la modificación introducida en el artículo 2 LOPM⁴⁰.

El apartado primero del citado precepto señala que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”. Continúa el precepto estableciendo la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Así mismo, el último inciso del apartado establece que se interpretarán de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores y siempre en interés superior del menor.

36 STS 26 de 2013 de 5 de febrero de 2013.

37 José Ramón de Verda Beamonte, “La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional: a propósito de la STS de 5 de febrero de 2013”, *Diario La Ley*, n.º 8047 (2013).

38 Para un análisis en profundidad sobre el contexto en el que se desarrolló la citada reforma véase Carmen Sánchez Hernández, “El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 (2015): 180-182.

39 Piénsese la importancia del citado desarrollo normativo, puesto que la indeterminación del principio suponía una enorme discrecionalidad, y por qué no también una cierta inseguridad, en la aplicación jurisdiccional del mismo. Vid. Silvia Tamayo Haya, “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, n.º 41 (2008): 54.

40 La finalidad de la citada modificación es proporcionarle un determinado contenido al concepto jurídico indeterminado de interés superior del menor. Vid. Sánchez Hernández, “El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, 196.

En consecuencia, como se observa, el interés superior del menor, tras la promulgación de la citada norma, ya no solo se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un criterio interpretativo, sino como un derecho, tal y como reconoce expresamente el precepto⁴¹.

Por su parte, el párrafo segundo delimita los siguientes criterios generales “a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto”⁴².

Entre los citados criterios generales se pueden señalar, entre otros, la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor o la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones del menor.

Por tanto, de la lectura del precepto se deduce claramente que el legislador les facilita a los tribunales su labor de interpretación estableciendo un exhaustivo listado de principios, pero sin ser una lista cerrada, ya que el propio legislador establece que se podrá tomar en consideración cualquier otro criterio relevante para el caso concreto⁴³.

Por último, se ha de señalar que el apartado cuarto del precepto aludido establece que cuando concurre el interés superior del menor con cualquier otro interés legítimo, deberán adoptarse medidas que respeten también los otros intereses, sin perjuicio de que se priorice el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en caso de que no se pueda respetar⁴⁴.

Conclusión

Del estudio de la situación actual de la capacidad para contratar de los menores españoles no emancipados se puede afirmar que la reciente jurisprudencia del

41 Vázquez-Pastor Jiménez, “Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, 45.

42 LOPM 1 de 1996, de 15 de enero.

43 La profesora Vázquez-Pastor hace referencia a que nos encontramos con el establecimiento de una cláusula de cierre abierta. Vid. Vázquez-Pastor Jiménez, “Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, 47.

44 En concreto, téngase en cuenta que dicha prevalencia del interés superior del menor será incluso sobre el interés de sus progenitores. Vid. Martínez Calvo, “La determinación del interés superior del menor...”, 200.

Tribunal Supremo está en conexión, no solo con los instrumentos internacionales, como la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas o la Carta Europea de los Derechos del Niño, que dan un mayor protagonismo a la actuación de los menores, sino también con la actual tendencia doctrinal favorable a potenciar la autonomía del menor y a extender el poder de decisión del menor sobre aspectos de su propia personalidad, tal y como posteriormente reconoció el legislador en la reforma operada por la Ley Orgánica 8 de 2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que modifica la Ley Orgánica 1 de 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Como se ha analizado, aunque el Tribunal Supremo, dados los casos que se han planteado recientemente, ha aplicado el interés superior del menor, no ha desarrollado plenamente el tratamiento doctrinal de este, que encierra el reconocimiento aplicativo de esta figura como Principio General del Derecho.

No obstante, como se ha visto a lo largo de este trabajo, no es obstáculo para delimitar alguna de sus pautas más relevantes, que será acompañado con los criterios generales establecidos en la normativa de protección jurídica del menor y los criterios específicos que se puedan desarrollar en el futuro.

Entre ellas se debe subrayar que este principio viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad reconocido en el artículo 10 CE, siendo una manifestación de este derecho el decidir sobre su futuro profesional, de tal forma que el poder de representación legal de los padres no puede impedir la decisión del menor en esta esfera, pudiendo, por tanto, realizarla por sí mismo.

Por todo ello, considero que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y el posterior desarrollo legislativo, conforme con el desenvolvimiento de los principales textos de armonización, ha configurado el interés superior del menor, ya no como un mero criterio hermenéutico de interpretación, sino como un Principio General del Derecho.

En consecuencia, espero que este nuevo y explícito planteamiento suponga un nuevo enfoque en la contratación de los menores en el ámbito deportivo, en particular, en el mundo del fútbol, ya que los clubes cuando perfeccionen contratos con menores tendrán que respetar el interés superior del menor y adaptar sus contratos a la edad del contratante, limitando los precontratos o contratos de futbolista profesional a los mayores de 16 años y los contratos de formación para aquellos menores que no alcancen esa edad.

Referencias

- Atienza Navarro, María Luisa. “La edad”. En *Derecho civil I*, coordinado por José Ramón de Verda Beamonte. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- Berrocal Lanzarot, Ana Isabel. “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 746 (2014): 3284-3314.
- Botana García, Gema Alejandra. “La ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”. *Actualidad Civil*, n.º 9 (2015): 16-31.
- De Verda Beamonte, José Ramón. “La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional: a propósito de la sts de 5 de febrero de 2013”. *Diario La Ley*, n.º 8047 (2013).
- Díaz Martínez, Ana. “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional”. *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2, n.º 1 (2013): 51-70.
- Gil Membrado, Cristina. “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia”. *Actualidad Civil*, n.º 1 (2017): 58-71.
- Guillén Catalán, Raquel. “El interés superior del menor como límite del ejercicio de la patria potestad: comentario a la sts n.º 26/2013, de 5 de febrero (Rj 2013.928)”. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19 (2015): 758-767.
- Linacero de la Fuente, María Asunción. “La protección del menor en el derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”. *Actualidad Civil*, n.º 4 (1999): 1573-1626.
- López Azcona, Aurora. “La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 2 (2015): 453-465.
- Llorente Álvarez, Alberto. “¿Cabe un precontrato de trabajo con un deportista aficionado menor de edad?: Jurisdicción competente e indemnización”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 31 (2011): 337-346.
- Martín Briceño, María del Rosario. “La capacidad contractual del menor no emancipado tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (1)”. *Actualidad Civil*, n.º 3 (2017): 1-19.
- Martínez Calvo, Javier. “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 (2015): 198-206.
- Martínez Velencoso, Luz. “La necesaria observancia del interés superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 93 (2013): 457-472.

- Paniza Fullana, Antonia. "La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio". *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2, n.º 8 (2015): 141-152.
- Rivero Hernández, Francisco. *El interés del menor*. Madrid: Dykinson, 2007.
- Rodríguez Llamas, Sonia. "La atribución de la guardia y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor: comentario a la STS n.º 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013, 7824)". *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19 (2015): 562-575.
- Sánchez Hernández, Carmen. "El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 (2015): 178-197.
- Seligrat González, Víctor Manuel. "Contratos deportivos y protección de menores", *Actualidad Civil*, n.º 4 (2014): 1-10.
- Tamayo Haya, Silvia. "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, n.º 41 (2008): 35-79.
- Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía. "Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia". *Revista de Derecho Privado*, n.º 4 (2016): 41-90.

LA PERSONA CON DISCAPACIDAD MENTAL

Gretha Camela Camacho Torres¹

Introducción

El interés hacia el conocimiento y la investigación en temas relacionados con la atención y oportunidades existentes en el entorno nacional para mejorar las condiciones de vida de los incapaces absolutos, surge como un segundo propósito del plan de vida de la autora de este escrito, ya que desde hace aproximadamente 24 años es madre de una persona con discapacidad mental, diagnosticado clínicamente como paciente con “parálisis cerebral” y certificado recientemente por Salud Ocupacional de Colsubsidio y el equipo interdisciplinario de calificación de la Epilepsia con una patología F728-retraso mental grave, G 402 PSIA calificada como enfermedad común con un porcentaje de pérdida laboral del 80,25% habiéndose discriminado de la siguiente manera: deficiencia 42%, discapacidad 14% y minusvalía 24,25%².

.....
1 Abogada egresada de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Ciencia Política con doble titulación en la Universidad Católica de Colombia y la Universidad Salerno de Italia, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre, especialista en Servicios Públicos Domiciliarios de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico Políticas con énfasis en Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, y especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Católica de Colombia. Abogada conciliadora del Centro de Conciliación de Tránsito de Bogotá, docente universitaria, abogada litigante y asesora. grethacc@hotmail.com

2 Certificación de discapacidad expedida el 25 de junio de 2017 como respuesta a un derecho de petición presentado a la Nueva EPS como entidad prestadora de salud.

El propósito inicial es hacer una aproximación a la comprensión integral de la situación real actual de las personas con discapacidad, identificar el marco legal existente sobre el tema en Colombia y el desarrollo jurisprudencial que se ha observado en los últimos años frente a los pronunciamientos relacionados con la protección de los derechos fundamentales de estas personas y comenzar a estructurar, desde la investigación, propuestas que resulten efectivas y puedan realmente materializar de manera efectiva sus derechos, por cuanto el desconocimiento social y la complacencia de las autoridades del Estado en el hecho de que no existe una verdadera voluntad de cambio, ni un sistema de políticas públicas incluyentes, ha perpetuado la situación de discriminación de quienes no tienen una voz propia, no son visibles y solo de alguna manera pueden ser escuchados a través de quienes tienen un interés real en el mejoramiento de sus condiciones y especialmente prodigarles unos mecanismos efectivos de protección dada la absoluta vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos de manera permanente.

El presente capítulo se desarrollará en tres apartados, el primero dedicado a la conceptualización de la discapacidad intelectual, el segundo a identificar y precisar el marco normativo, y el tercero una relación jurisprudencial, buscando llegar a unas conclusiones que permitan hacer uso práctico de los desarrollos que como logros han venido presentándose a nivel mundial y que puedan contribuir eficientemente para poder atacar desde la razón, los paradigmas negativos que se manejan en Colombia sobre este particular y sobre estas personas, que de alguna manera han impedido una evolución no solo en los conceptos, como se evidencia en la normatividad aún existente, sino en su manejo, tratamiento, regulación y, por ende, una adecuada protección desde la misma legislación basada en premisas respecto de las personas que la padecen y tienen limitaciones concretas en sus entornos, y por ello debe abrirse paso a la búsqueda de condiciones que les permitan no solo a ellos, sino a sus personas cercanas, mejorar las condiciones de vida en la dignidad, con mayor inclusión en su entorno social, desde las políticas públicas y desde luego con una adecuada construcción cultural.

Finalmente, se aclara que el tema ofrece varias dificultades para la autora de este artículo, debido a que no maneja adecuadamente los términos clínicos que pudieran ser utilizados y fundamenta su análisis y sus reflexiones desde las experiencias personales como docente, madre de un discapacitado intelectual y como abogada, en todas ellas en procura de hacer algún aporte significativo y

estructurado a todos aquellos que estén interesados no solo en la temática, sino en esta población desde los diferentes ángulos.

Aproximación a la comprensión actual de las personas con discapacidad intelectual

Abordar el estudio de la situación de las personas con discapacidad intelectual exige no solo un interés por el tema, sino un verdadero compromiso, un mayor grado de comprensión sobre su significación real, un propósito para analizar su concepto actual considerando para ello la evolución de este en su largo y lento recorrido no solo a nivel local, sino mundial; los reiterados equívocos e incluso los mitos y falsas creencias que sobre este particular se han construido a lo largo de los años y sobre todo la dificultad para su identificación en las personas del común y más específicamente del núcleo familiar primario de quienes la padecen e incluso en los primeros niveles de educación formal, capacidad para su delimitación, diferenciación y con ello, desde luego, una oportuna y adecuada atención desde la normatividad y su materialización en los ámbitos familiares y educacionales, factores estos que son reincidentes especialmente por la falta de conocimiento y formación sobre estos específicos y especializados aspectos.

Reflexionar al respecto permite recordar algunas concepciones primarias que ayudan a generar y construir en la actualidad y desde una mirada más generosa, compasiva y respetuosa, el verdadero sentido de la dignidad humana que puede serles reconocida a quienes padecen discapacidad intelectual y a quienes tienen que lidiar con ella y con ellos, en la procura de poder brindarles mejores condiciones de vida y poder continuar en la búsqueda incesante y permanente de lo que la neurología ha denominado la “plasticidad del cerebro”³, para restablecer y poder desarrollar en mayor o menor grado algunas facultades y capacidades, por algún motivo deterioradas.

Para la autora de este artículo, hacia 1995 los libros del médico estadounidense Glenn Doman (1919-2013)⁴ resultaron siendo no solo un gran y novedoso

3 La plasticidad del cerebro o “plasticidad cerebral se refiere a la capacidad del sistema nervioso para cambiar su estructura y su funcionamiento a lo largo de su vida, como reacción a la diversidad del entorno [...]. La neuroplasticidad permite a las neuronas regenerarse tanto anatómica como funcionalmente y formar nuevas conexiones sinápticas”. Cognifit. *Plasticidad neuronal y cognición, estructura y organización*. s. f. <https://www.cognifit.com/es/plasticidad-cerebral>

4 Terapeuta dedicado al estudio y tratamiento de los niños con lesiones cerebrales, quien conjuntamente con el neurólogo Temple Fay utilizó métodos basados en movimientos progresivos, muy eficaces tanto en áreas motrices como en áreas más intelectuales.

hallazgo, sino la ventana a una esperanza para obtener en su limitado entorno algún tipo de resultados para su caso particular y una posibilidad de obtención de progresos que mejorarían no solo sus condiciones de vida, sino especialmente las de su bebé, pues en esa búsqueda permanente de una ayuda que cada vez se tornaba más desalentadora, encontró por fin la posibilidad de poder aferrarse a ese novedoso camino con probabilidad de resultados, así fueran muy pequeños.

En su libro *Qué hacer por su niño con lesión cerebral*⁵, en un concepto aún actual, hace una dedicatoria que llama poderosamente la atención, puesto que se expresa de una manera preocupante, así: “a los niños con lesión cerebral, quienes viven en un mundo amenazante atemorizante e incluso peligroso, y quienes de alguna manera sobreviven todo esto hasta que les llega ayuda”, y lleva a muchas reflexiones que resultan siendo el detonante para esta exploración.

Por ello resulta alentador comprender que efectivamente es evidente que se vienen produciendo importantes cambios, en especial, en la forma de entender este complejo paradigma de la discapacidad emergente, entendida como una nueva forma de concebirla, asociada necesariamente al contexto social en que se desarrolla la persona y la posibilidad de lograr un desempeño multidimensional como cualquier ser humano que lucha no solo por su sobrevivencia, sino por unas condiciones de vida digna.

Definiciones

La hoy denominada “discapacidad intelectual” es un concepto que ha evolucionado desde el denominado “retraso mental”, que tantas heridas causó y sigue causando al constituirse como base de una fuerte discriminación hacia las personas con discapacidad, en la mentalidad colectiva sin distinguos de razas, credos, creencias, estatus o posición social o económica hacia todas aquellas personas que tienen problemas de adaptación al medio, por alteraciones de tipo neurológico.

La caracterización de lo que es el “retraso mental” ha evolucionado y por ello es necesario referir una primera definición hecha por la Asociación Americana de Retraso Mental (AAMR)⁶ en el año 1992, hoy Asociación Americana de

5 Tercera edición publicada en México por Editorial Diana, en 1996.

6 Definición sobre retraso mental hecha en 1992 por la hoy Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo.

Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD), pues entonces la definió de la siguiente manera:

Retraso mental hace referencia a limitaciones sustanciales en el funcionamiento actual. Se caracteriza por un funcionamiento intelectual significativamente inferior a la media, que generalmente coexiste junto a limitaciones en dos o más de las siguientes áreas de habilidades de adaptación: comunicación, autocuidado, vida en el hogar, habilidades sociales, utilización de la comunidad, autodirección, salud y seguridad, habilidades académicas funcionales, tiempo libre, y trabajo. El retraso mental se ha de manifestar antes de los 18 años de edad⁷.

Posteriormente, la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo, en el año 2002, precisó esta definición de retraso mental como:

una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en conducta adaptativa, expresada en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina con anterioridad a los 18 años⁸.

Sobre esta definición de 2002, redactada entre otros por Luckarsson⁹, se hicieron algunas publicaciones en la revista española *Siglo Cero*, entre las que se resalta la realizada por Robert Schalock¹⁰:

Esta definición, que ha sido ampliamente aceptada en el medio plantea las siguientes premisas:

7 Miguel Ángel Verdugo Alonso, "El cambio de paradigma en la concepción del retraso mental: la nueva definición de la AAMR", *Revista Siglo Cero*, 25 (1994): 15.

8 La Asociación Americana de Retraso Mental (AAMR) fue fundada en 1887 y ha asumido el compromiso de formular y difundir las buenas prácticas que reflejen la comprensión, definición, diagnóstico, clasificación y planificación de apoyos individualizados en el campo de la discapacidad intelectual.

9 Luckarsson y cols., 2002 señalando cambios importantes en el contexto de los paradigmas sobre la discapacidad emergente.

10 Algunas de las publicaciones del autor que hacen referencia al cambio de definición de la discapacidad son Robert I. Schalock, Ruth A. Luckarsson y Karrie A. Shogren, con Sharon Borthwick-Duffy, Val Bradley, Wil H. E. Buntinx, David I. Coulter, Ellis (pat) M. Craig, Sharon C. Gómez, Yves Lachapelle, Alya Reeve, Martha E. Snell, Scott Speat, Marc J Tasse, James R. Thompson, Miguel Ángel Verdugo, Michael I. Wehmeyer y Mark H. Yeager. "El nuevo concepto de retraso mental: comprendiendo el cambio al término discapacidad intelectual". *Revista Siglo Cero*, 38 (4), n.º 224 (2007): 5-20. <https://sid.usal.es/docs/F8/ART10365/articulos1.pdf>
Robert L. Schalock. "La nueva definición de discapacidad intelectual, apoyos individuales y resultados personales". *Revista Siglo Cero*, 40 (1), n.º 229 (2009): 22-39. <https://sid.usal.es/docs/F8/ART11724/Schalock.pdf>

- Las limitaciones en el funcionamiento son comprensibles en ambientes comunitarios típicos, iguales en edad y cultura.
- Enfatiza la importancia del funcionamiento del individuo y la limitación intelectual.
- Las limitaciones coexisten con capacidades.
- La evaluación ha de tener en cuenta las diferencias en la comunicación, en aspectos sensoriales, motores y comportamentales.
- Los apoyos son clave del proceso de atención y posibilitan desarrollar los planes de atención.
- Los sistemas de apoyo se ofrecen en intensidades variables de acuerdo con el ciclo de vida y repercuten en calidad de vida de la persona¹¹.

Esta definición resulta siendo más integral al ser acorde con la gran gama de enfermedades del ser humano que pueden llevarlo a sufrir limitaciones tanto físicas como intelectuales y/o cognitivas, pero coexistiendo determinadas por un mayor o menor desarrollo de los diferentes sentidos y posibilitando en graduaciones distintas el logro de ciertas capacidades.

Resulta importante hacer notar y resaltar también el análisis y la crítica de la definición de *discapacidad intelectual* hecha en 2002 por Miguel Ángel Verdugo Alonso¹², quien comentó algunos aspectos y contribuyó a la identificación de los principales cambios que según él pueden implementarse respecto a la anterior definición¹³ puesto que adujo que incluyeron:

[...] una nueva concepción de la conducta adaptativa; una nueva dimensión de participación, interacciones y roles sociales; la expansión del proceso anterior de tres pasos a una estructura de evaluación con tres funciones; la ampliación del modelo de apoyos; una presentación mejor de lo que es el juicio clínico en esta población; y un análisis de las relaciones entre el sistema de 2002 y otros sistemas de clasificación. Se critica el mantenimiento del uso de la expresión retraso mental, las limitaciones en

11 Fonoaprendizaje: Discapacidad Intelectual. "Población con discapacidad intelectual en la escuela" (2010). <https://fonoaprendizaje.wordpress.com/tag/tomado-de-httpcursos-cepcastilleja-orgmodforumdiscuss-phpd4111/>

12 Miguel Ángel Verdugo Alonso, "Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la Asociación Americana sobre Retraso Mental", *Revista Siglo Cero*, 34 (1), n.º 205 (2003): 5-19. <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/3050>

13 "En el año 1992 la Asociación Americana sobre Retraso Mental (AARM) propuso una definición del retraso mental (novena edición) que supuso un cambio radical del paradigma tradicional, alejándose de una concepción del retraso mental como rasgo del individuo para plantear una concepción basada en la interacción de la persona y el contexto". Verdugo Alonso, "Análisis de la definición de discapacidad...".

los cambios propuestos en la dimensión de salud al no incluir el concepto de calidad de vida, y otros aspectos. Finaliza con un análisis de los problemas para aplicar los cambios propuestos¹⁴.

Para el año 2010, la AAIDD, en la publicación de la undécima edición del manual *Intellectual disability: Definition, classification, and systems of supports*, traducido al castellano por el Instituto Universitario de Integración en la Comunidad, bajo el título *Discapacidad intelectual: definición, clasificación y sistemas de apoyo*, se estructura en cuatro partes una construcción conceptual con base en sus anteriores publicaciones y abarca en él, de una manera clara y accesible, el entendimiento de la discapacidad intelectual, su calificación, diagnóstico y la clasificación, así como de los sistemas de apoyo y las implicaciones sobre las políticas públicas y en la educación que se brinda desde las organizaciones proveedoras de apoyos.

Entre las aportaciones y contribuciones de esta nueva definición publicada en el mencionado manual y que merecen ser resaltadas puesto que se constituyen como un verdadero avance y fundamento de consulta se encuentran las siguientes:

- La confirmación de la definición oficial de discapacidad intelectual, incluyendo las premisas fundamentales para la aplicación de la definición.
- Un marco de referencia de evaluación que se centra en el papel de la evaluación en el diagnóstico, clasificación y desarrollo de sistemas de apoyos.
- Una exposición detallada del funcionamiento intelectual y su evaluación y de la conducta adaptativa y su evaluación.
- El rol de los factores etiológicos en el diagnóstico de discapacidad intelectual.
- Una aproximación multidimensional a la clasificación.
- El papel del juicio clínico en el diagnóstico, clasificación y desarrollo de sistemas de apoyos.
- Un enfoque actualizado de la conceptualización y evaluación de las necesidades de apoyos individuales y su provisión, la prevención como una forma de apoyo y los componentes de los mismos relacionados con la salud física y mental basados en la comunidad.

14 Miguel Ángel Verdugo Alonso, "Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la Asociación Americana sobre Retraso Mental de 2002", *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, n.º 34 (1): 205.

- O una exposición detallada de las personas con discapacidad intelectual que tienen puntuaciones de CI más altas¹⁵.

Y es a partir de entonces que el concepto de *discapacidad intelectual* ha venido variando, al punto que, en la actualidad, la AAIDD¹⁶, quien en su compromiso de brindar mayor información, ubica y gradúa en cuatro dimensiones el desarrollo intelectual para poder adoptar prácticas adecuadas tanto en su comprensión, como en su diagnóstico y clasificación, para sugerir desde ellas una adecuada planificación y adopción de apoyos y ayudas individualizados y personalizados. Avanza en sus estudios y establece ahora que el déficit de quienes la padecen puede graduarse ahora en cinco dimensiones a saber:

- Dimensión I: Aptitudes intelectuales;
- Dimensión II: Nivel de adaptación (relacionada con inteligencia conceptual, práctica y social);
- Dimensión III: Participación, interacción y rol social;
- Dimensión IV: Salud física, salud mental y factores etiológicos;
- Dimensión V: Contexto social (ambiente, cultura y oportunidades)¹⁷.

Graduaciones que, con su correspondiente clasificación en diferentes dimensiones, continúan desvirtuando algunos de los mitos en torno a la *discapacidad intelectual*¹⁸, aunque no de forma total como pudiera pensarse, como son: a) son eternos niños, b) son incapaces de aprender y c) todos son libidinosos, entre muchos otros. Estos mitos no solo han afectado el trato que reciben las personas que la padecen, sino que han incidido en propiciar conceptos educativos equívocos, que no facilitan los procesos de independencia y autonomía acordes con su edad, y que no desarrollan expectativas acerca de su desempeño, pues se suponía que su pensamiento no evoluciona y en consecuencia no se les pueden

15 Autismo Diario. Discapacidad intelectual: definición, clasificación y sistemas de apoyo. <http://autismodiario.org/2011/06/14/discapacidad-intelectual-definicion-clasificacion-y-sistemas-de-apoyo/>.

16 American Association of Intellectual and Developmental Disabilities (AAIDD).

17 American Association of Intellectual and Developmental Disabilities. Discapacidad intelectual: definición, clasificación y sistemas de apoyo, trad. Miguel Ángel Verdugo Alonso (Madrid: Alianza, 2011).

18 Mitos sobre discapacidad intelectual en el contexto y como sinónimo de falsa o exagerada creencia, prevención justificada, prejuicio, discriminación, incapacidad, educación, inutilidad y, en general, como construcciones del imaginario social respecto de algo en el trájín diario.

asignar responsabilidades sino solo tareas mecánicas, repetitivas, aburridoras y desmotivantes, para pasar el tiempo y sin ningún impacto en la construcción de un proyecto de vida, que integrara el desarrollo sexual en la perspectiva de la formación integral que les ayudara al desarrollo de las habilidades sociales, el respeto, la adecuada expresión de sus emociones y la formación en valores entre otros aspectos del desarrollo.

Mitos sobre las personas con discapacidad

Como se mencionó, la existencia de mitos y hasta falsas creencias generalizadas en el sentido precisado y en relación con la discapacidad ha permitido que se perpetúe un desconocimiento generalizado de la comunidad, que consecuentemente nos ha mantenido en paradigmas que generan poca y muy lenta evolución en los conceptos, complicando y dificultando su comprensión, su identificación y diagnóstico, y desde luego disminuyendo y perjudicando no solo la calidad de vida de estas personas, sino de manera general las familias, no pocas, en las cuales hay una persona con algún grado de discapacidad, puesto que estas creencias han llevado a conductas reprochables como las de pretender que no existen, que deben esconderse, negarse y hasta avergonzarse de ellos, creyendo falsamente que son una especie de castigo, estigma o marca que los hace vulnerables frente a la sociedad y por ello se mantiene y agrava su situación hasta la absoluta discriminación.

Los mitos que se han identificado sobre la discapacidad ubican a quienes la tienen, en la categoría de anormalidad, lo que resulta siendo totalmente falso, injusto y perjudicial, pues deben ser considerados como seres humanos con capacidad de sentir, pensar, analizar, percibir, aprender, desarrollar habilidades y comunicarse, como cualquier otro.

Encontramos, además de los ya mencionados mitos respecto de la discapacidad, afirmaciones como que son eternos niños, que son incapaces de aprender y que todos son libidinosos, otros popularmente conocidos y que han sido incluso publicados recientemente, el 23 de enero de 2017, en un blog como el de José García

10 mitos sobre la discapacidad: 1) Las personas con discapacidad se encuentran enfermas; 2) desean que desaparezca la discapacidad con la que viven; 3) las personas

con discapacidad solo pueden amarse entre iguales; 4) quien tiene discapacidad es asexuado; 5) una persona con discapacidad no puede ser independiente; 6) siempre serán niños; 7) una persona con discapacidad es peligrosa; 8) no pueden entender las cosas; 9) una persona con discapacidad no se casa; 10) las personas con discapacidad están condenadas a vivir solas y despertar lástima en su familia.

Todos estos, que pese a estar revaluados y haber sido desvirtuados en su gran mayoría, siguen estando en las concepciones y preconceptos de muchas personas, casi que, de manera generalizada, pero que en el propósito de avanzar nos obligan necesariamente a tomar como fundamento la reflexión respecto de poder concretar, ¿qué es la discapacidad intelectual? Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) ¹⁹:

Discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación.

Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

Para que lo entendamos mejor:

- Una deficiencia es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.
- Una discapacidad es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.
- Una minusvalía es una situación desventajosa para un individuo determinado consecuencia de una deficiencia o una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de su edad, sexo o factores sociales y culturales)²⁰.

19 La Organización Mundial de la Salud (OMS) (en inglés World Health Organization o WHO) es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial. Inicialmente fue organizada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que impulsó la redacción de los primeros estatutos de la OMS. La primera reunión de la OMS tuvo lugar en Ginebra en 1948. Los 194 Estados miembros de la OMS gobiernan la organización por medio de la Asamblea Mundial de la Salud. La asamblea está compuesta por representantes de todos los Estados miembros de la OMS.

20 Concepto de discapacidad según la OMS.

Aún a pesar de la claridad y amplitud conceptual que se está haciendo a nivel mundial sobre la *discapacidad intelectual*, estos conceptos no se han generalizado y es común definirla desde las perspectivas más antiguas del retraso mental o de la discapacidad mental como se viene denominando puntualmente en la legislación colombiana desde los conceptos marco contenidos en el Código Civil, aun incluyendo su modificación en la Ley 1306 del 5 de junio de 2009²¹, que en procura de una modernización está dirigida especial y específicamente a la protección de las personas en estado de discapacidad o de disminución física o mental, con un objeto que puede analizarse como de dos facetas; una para la protección e inclusión o habilitación para un desempeño social, y otra para su rehabilitación y protección a través del ejercicio de las guardas, de las consejerías y de los sistemas de administración patrimonial, pero en modo alguno avanzando en los conceptos que ha modernizado la misma OMS, los cuales solo podemos encontrar en desarrollos jurisprudenciales como aproximaciones más cercanas hacia la búsqueda de una mejor condición de vida para el discapacitado.

Marco normativo

A nivel internacional

Se hace indispensable mencionar que, en virtud de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, el ideal del ser humano es ser libre y gozar de sus libertades civiles y políticas para ser liberado de la miseria, ubicándosele como base y paso inicial de la protección contemporánea de los derechos humanos en el plano internacional, a la vez que tenerse como orientadora de los posteriores pactos internacionales y los instrumentos regionales. Esos derechos no pueden ser materializados, ni realizados o efectivizados, si no se permite que todos los seres humanos vivan de forma tal que se les permita ejercer además sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, pues solo con ellos se logra la integralidad de su desarrollo y plenitud.

De la misma manera, se puede referenciar en el contexto normativo que para 1983, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) expidió el Convenio sobre

21 Ley 1306 de 2009, "Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipado".

la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), la Recomendación 168 sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas OIT, aprobado por el Congreso de la República en la Ley 82 de 1988, ratificado el 7 de diciembre de 1989 y que está vigente en Colombia desde el 7 de diciembre de 1990²².

Más adelante, los derechos de la infancia quedaron plenamente estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño, elaborada con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones y plasmando en sus 54 artículos que los niños son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además, la convención resultó siendo un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana²³.

En la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de Estados Americanos (OEA)²⁴, en su artículo III, los Estados parte se comprometieron

a adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Establece que la discriminación se manifiesta con base a cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga como efecto impedir a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Resalta que la distinción solo se justifica si está al servicio de una mejor y mayor inclusión²⁵.

En 2006, la Convención de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas de la ONU²⁶, en su artículo I, indicó que su propósito era “promover, pro-

.....
22 Organización Internacional del Trabajo (OIT).

23 La Convención de los Derechos del Niño fue aprobada por el Congreso de la República en la Ley 12 de 1991, ratificada el 28 de enero de 1991 y promulgada por el Decreto 94 de 1992, estando en vigencia para Colombia desde el 28 de febrero de 1991.

24 Aprobada por el Congreso de la República en la Ley 762 de 2002, declarada constitucional por la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 2003, ratificada por Colombia el 11 de febrero de 2004 y está en vigencia para Colombia a partir del 11 de marzo de 2004.

25 Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

26 Aprobada por el Congreso de la República en la Ley 1346 de 2009. Declarada constitucional por la Corte Constitucional en la Sentencia C-293 de 2010, ratificada por Colombia el 10 de mayo de 2011 y está en vigencia para Colombia a partir del 10 de junio de 2011.

teger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente”²⁷.

Mediante esta convención se buscó, en el ámbito de la dignidad de la persona en situación de discapacidad, reconocer que, para garantizar su dignidad, se deben abarcar aspectos tan importantes como: la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, la educación, el empleo, la habilitación y rehabilitación, la participación en la vida política, y la igualdad y la no discriminación. Además, la convención marcó un cambio en el concepto de discapacidad toda vez que de una visión de la discapacidad como un problema que afectaba a la sociedad y su bienestar, se pasó a una discusión de derechos humanos de las personas que se encontraban en esta situación, de manera tal que se reconoce la existencia de barreras y de prejuicios de la sociedad que constituyen y agravan en sí mismos la discapacidad. Además, en su artículo 23 del numeral 1 reconoció que los niños y niñas con discapacidad merecen una protección especial y reforzada de modo que se prepare para más adelante gozar de una vida en comunidad, es así como pone un especial énfasis en el bienestar del niño y en el goce de sus derechos presentes y futuros²⁸.

En la Constitución política de 1991 y ordenamiento posterior

Para el Código Civil colombiano²⁹, expedido en 1887,

las personas que no tenían la suficiente aptitud intelectual para comprender sus actos, o eran inmaduras y con una tendencia a obrar impulsivamente y sin el debido cuidado al manejar patrimonio, se tenían por personas incapaces para ejercitar sus derechos y obligarse mediante actos voluntarios. Los que de manera permanente tenían esas falencias quedaban a cargo de una o más personas que actuaran por ellas en el campo

27 Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

28 Ministerio de Salud y Protección Social, Normograma de discapacidad para la República de Colombia (Bogotá, mayo de 2017), 4.

29 Código Civil colombiano, Ley 57 de 1987. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. 31 ed. (Bogotá: Legis, 2013).

del derecho, defendieran sus intereses, administraran sus bienes y les garantizaran su bienestar³⁰.

Así, en materia de capacidad, los artículos 1503 y 1504, definen la capacidad estableciendo una presunción general, es decir que son plenamente capaces todos aquellos que las normas jurídicas no declaren incapaces. A renglón seguido procede a clasificar a los incapaces en absolutos y relativos. Si un incapaz absoluto celebraba un negocio jurídico era absolutamente nulo y si lo hacía un relativo era relativamente nulo. Los incapaces absolutos eran los impúberes, las personas con discapacidad intelectual y los sordomudos que no podían darse a entender por escrito. En cuanto a los relativos, eran los menores adultos y los disipadores. Es de aclarar que, en el sistema del Código Civil, tanto los incapaces absolutos como los relativos eran representados por un curador. Esta circunstancia cambió con la expedición de la Ley 1306 de 2009.

En la Constitución política de 1991³¹, los artículos 13, 47, 54 y 68 abordan el tema de la discapacidad: en el 13 se consagra el derecho a la igualdad real y efectiva y, además, que el Estado debe adoptar medidas positivas en favor tanto de quienes han sufrido discriminación de la sociedad, como de aquellos que por su condición están en una situación de debilidad; en esta segunda categoría se encuentran las personas con discapacidad mental. En tanto que el 47 establece que el Estado debe adoptar una política en favor de las personas en situación de discapacidad que implica brindarles atención personalizada. El 54 busca propiciar que las personas con discapacidad puedan trabajar atendiendo a sus condiciones de salud y, finalmente, el 68 establece como obligaciones del Estado acabar con el analfabetismo y educar a las personas en situación de discapacidad³².

30 Juan Enrique Medina Pabón, Manuel Rueda Serrano, María Lucía Torres Villarreal y Cecilia Díez Vargas. "Presentación general de la Ley 1306 de 2009: Revisión académica y jurídica", en *Nuevo régimen de protección legal a las personas con discapacidad mental: antecedentes, análisis y trámite legislativo-Ley 1306 de 2009* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2009), 10.

31 Constitución política de Colombia de 1991, revisada y actualizada, Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf> Art. 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

32 Mario Madrid-Malo Garaizabal, *Constitución política de Colombia*, primera edición, temas jurídicos (Bogotá: 3R Editores, 1998).

En los recientes y reiterados análisis que vía jurisprudencia se han hecho en Colombia respecto de la inclusión para personas catalogadas como discapacitadas, partiendo de un reconocimiento implícito de la diferencia, se ha señalado que siendo este un Estado social de derecho, se impone para los particulares y para las autoridades el deber primordial y constante de actuar en la dirección y en el propósito de corregir las desigualdades socioeconómicas, se promueva la inclusión de los marginados, de los débiles, de aquellos que se encuentren en estado de vulnerabilidad, en condiciones de precariedad y que se propenda por el mejoramiento progresivo de los sectores menos favorecidos, de las condiciones de vida de esas personas y que en ello se utilicen todos los medios y recursos que estén al alcance.

Se respalda este presupuesto en el desarrollo que ha de implementarse del artículo 13 de la Carta Política, de tal manera que exista una obligación de contenido positivo en cabeza de las autoridades y se considere en cada situación particular la condición no solo económica, cultural y socioeconómica, sino especialmente su condición física y mental incluyendo en ella lo que se ha denominado “estado de debilidad manifiesta”³³, para adoptar en cada caso las medidas que se hagan necesarias para lograr efectivizar una igualdad real y no simplemente formal, materializando la inclusión y pregonando la no discriminación, pero aun así y de manera perversa teniéndolas en un plan de estigmatización para justificar una especial protección que aún dista mucho de generalizarse, manteniéndose como discriminatoria sin que haya un verdadero propósito de implementación de políticas públicas.

En el área iberoamericana, hacia 1992, en la Declaración de Cartagena de Indias se establecen políticas integrales para personas con discapacidad que son adoptadas por Colombia y, más adelante, en 2009, el Congreso colombiano promulgó la Ley 1306 de 2009³⁴, mediante la cual, como ya se mencionó, fueron dictadas normas de protección de personas con discapacidad mental, estableciendo

33 Sentencia T-317 de 2017, procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener reintegro laboral del trabajador en condición de discapacidad que goce de estabilidad laboral reforzada.

34 Congreso de Colombia, Ley 1306 de 2009, “Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados”, *Diario Oficial* 47371, 5 de junio (2009): 58-72.

un régimen de la representación legal de quienes mantiene como incapaces emancipados y se sustituyeron íntegramente los títulos xxii a xxxv del Código Civil, desde el artículo 428 hasta el 632.

Aun cuando en la exposición de motivos de esta ley³⁵ se adujo que la principal finalidad era la modernización de las normas de protección de individuos con *discapacidad mental*, de manera que recogieran el bloque de constitucionalidad para hacer realidad la función que la sociedad en el sentido que efectivamente cumpliera el mandato de proteger e incluir a todos los sujetos de derecho como corresponde a una nación moderna organizada como Estado social de derecho³⁶, se continúa utilizando el concepto primario en el que no se adopta el de *discapacidad intelectual*, como lo establece la oms.

Igualmente, al considerar que personas que no tengan patologías mentales severas pueden sufrir “tendencias irresistibles” que los lleven a actuar en contra de sus intereses económicos, como los disipadores,

por todo ello el proyecto busca atender la necesidad de procurar una forma de protección para todos ellos, que se ajuste de la manera más adecuada posible a su condición, y evite que ellos mismos o los demás atropellen sus derechos humanos o económicos³⁷.

La Ley 1306 de 2009, pretendiendo adecuar y modernizar sus disposiciones a los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, en materia de protección de las personas discapacitadas, como la Convención sobre la protección de los derechos de personas con discapacidad, adecua el texto normativo a los cambios sociales y presenta este especial ordenamiento, de una forma que facilite el entendimiento de su alcance, con lo cual busca también facilitar la

35 Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho, en la Sentencia C-021 de 2015 pidiendo la exequibilidad de la norma, precisando que en la exposición de motivos se tuvo en cuenta que, “en la actualidad, la patología de la mente abarca una amplia gama de situaciones que tienen que ver con deficiencias en la capacidad cognitiva o retraso mental, y que también cobija a quienes sufren desviaciones de conducta que los alejan de la realidad de manera temporal o permanente”.

36 La fórmula “Estado social de derecho”, adoptada por nuestra Constitución de 1991, encierra un inmenso bagaje histórico, promueve la realización de la igualdad a través de la procura de un mínimo existencial, una igualdad de oportunidades por medio de un orden económico, social y justo. Se encuentra en función de la dignidad humana que pretende desarrollar el sentido de igualdad en sentido positivo o real, donde el Estado ha de reconocer un trato desigual para los individuos que por sus calidades humanas exigen un trato diferente, todo dentro de la igualdad como fiel reflejo de la tarea encargada al Estado como portador de un orden socioeconómico justo.

37 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-021 de 2015.

aplicación por parte de los diversos actores involucrados, y, aunque sin dejar de ser técnica, acentuó la prioridad en su concepción lógica³⁸, pero se quedó corta en los mecanismos de eficacia.

Esta ley llamada por algunos “el régimen de las discapacidades” se divide en ocho capítulos con algunas secciones que abordan las siguientes materias: a) consideraciones preliminares; b) personas con discapacidad mental; c) actuaciones jurídicas de interdictos e inhabilitados; d) guardadores y su gestión; e) cuenta y control de la gestión; f) responsabilidad de los guardadores; g) terminación de las guardas y h) administradores de bienes.

En mayo de 2011 Colombia ratificó la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad mediante la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, y a partir de entonces se hace necesario mencionar como marco normativo actual especial la Resolución 1516 de 2016, “por medio de la cual se aprueba el lineamiento técnico para la atención de niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad”. La Resolución 7155 de 2016,

por la cual se modifica la Resolución 5929 de 2010 que aprueba los lineamientos técnico-administrativos de ruta de actuaciones y modelo de atención para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad, con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados y la Ley 1804 de 2016, Por la cual se establece la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre y los derechos de los niños y niñas con discapacidad³⁹.

Los diferentes estudios estadísticos a nivel mundial, en Latinoamérica y Colombia, vienen mostrando un incremento en el porcentaje de población con discapacidad, lo cual resulta siendo un serio motivo de preocupación, pues estos porcentajes comprenden, además de la denominada discapacidad intelectual, otros tipos de discapacidad, como: a) la *discapacidad motriz*, que es la que afecta la capacidad motora, el desplazamiento y el equilibrio en todo o parte del cuerpo;

38 Medina Pabón, Rueda Serrano, Torres Villarreal y Díez Vargas, “Presentación...”, 11.

39 Ministerio de Salud y Protección Social, “Normograma...”, 9.

b) la *discapacidad auditiva*, que es la que implica la pérdida o restricción de la capacidad para percibir mensajes verbales u otros mensajes audibles; c) la *discapacidad del lenguaje*, que atañe a la pérdida o la restricción de la capacidad para producir y transmitir un significado entendible a través del habla; d) la *discapacidad visual*, que se relaciona con la pérdida total de la capacidad para ver, así como debilidad visual en uno o ambos ojos; y e) la *discapacidad mental*, entendida como la limitación de la capacidad para el aprendizaje de nuevas habilidades; trastornos de la conciencia y capacidad de las personas para conducirse o comportarse, tanto en las actividades de la vida diaria como en su relación con otros individuos, estableciéndose con esta enunciación⁴⁰, que esta última es un tipo más o un mero componente de la *discapacidad intelectual*, conforme a los últimos conceptos y definiciones de las normativas internacionales, que ya fueron ya manejados antes en este mismo artículo y que fueron tenidos en cuenta en el régimen de discapacidades.

En Colombia, el tema de la discapacidad ha avanzado muy lentamente al punto que aún persisten incontables prácticas cuestionables y hasta perversas en torno a la atención de este grupo de personas, pues no solo en el entorno de las familias se les quiere silenciar y ocultar, sino que en el mejor de los casos, cuando se les hace visibles ante las denominadas “instituciones especializadas”, el panorama no puede ser más preocupante y desolador teniendo en cuenta que la aducida y anunciada rehabilitación y tratamiento de las personas con discapacidad se lleva a cabo en centros hospitalarios, en centros de rehabilitación, en asilos para enfermos mentales y en centros para atender necesidades educativas especiales que difícilmente cumplen las más mínimas expectativas, máxime si se tiene en cuenta que parte de la necesidad es tener atención casi que individualizada, lo que no se presenta siquiera en la educación tradicional.

Este tipo de tratamientos ocasionaba lo que se conoce con el nombre de *hospitalismo*⁴¹,

40 Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, *Los adultos mayores en México: perfil sociodemográfico al inicio del siglo XXI* (Aguascalientes: Ingedi, 2005), 119.

41 Entendiéndose por *hospitalismo* un término utilizado para hacer referencia a la desmejora psicofísica producida a raíz de la permanencia de un niño en instituciones de crianza en común, que ha permitido adoptar ciertos cambios en la concepción pediátrica del desarrollo infantil, la maternidad y la crianza, que fueron apreciados en la década de los sesenta.

es decir, una gran dependencia de las personas y las familias a estos servicios, en los que se sentían protegidos de la discriminación y de las barreras arquitectónicas y sociales, limitando su posibilidad de adaptación a la discapacidad y su posterior reinserción social⁴².

Aun hoy, bajo la extensa normatividad existente y que gran parte ha sido ya mencionada en este trabajo, en desarrollo del bloque de constitucionalidad, el modelo no pareciera haber cambiado significativamente pues se continúa considerando:

la discapacidad como un comportamiento desviado en el individuo, un síntoma o manifestación externa de una alteración subyacente física, sensorial o mental, que ocasiona en el individuo dificultades para realizar diferentes actividades y, por lo tanto, desempeñar un rol social acorde con las expectativas normativas del medio. Es claro que, desde esta perspectiva, quien tiene la responsabilidad de atender el síntoma es un profesional que, de acuerdo con su trayectoria, puede ofrecer alternativas para reducirlo, lo que conduce a que la persona en situación de discapacidad asuma una posición pasiva. Desde este paradigma no se involucra a la comunidad, ni a la sociedad en general, para ofrecer alternativas de participación a la persona en situación de discapacidad.

En el año 2017, el Ministerio de Salud y Protección Social, ente rector del Sistema Nacional de Discapacidad de Colombia, en unión con el Consejo Nacional de Discapacidad y el Grupo de Enlace Sectorial (GES), publicó un compendio normativo⁴³ en el que se aclara la forma en que se organiza el sistema normativo, tomando como punto de partida el bloque de constitucionalidad, continuando con la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social 2013-2022 y concluyendo con el resto del ordenamiento jurídico en materia de discapacidad. En este trabajo se observa que, desde el punto de vista estadístico, el 6,3% de la población colombiana se encuentra en situación de discapacidad. A través de este conjunto normativo se trata de garantizar el goce pleno de los derechos y el cumplimiento de los deberes de las personas con discapacidad, sus familias y cuidadores.

42 María Clara Rodríguez Díaz, Alejandra Alvarado García y María Elisa Moreno Fergusson, "Construcción participativa de un modelo socioecológico de inclusión social para personas en situación de discapacidad", *Revista Acta Colombiana de Psicología*, 10, n.º 2 (julio-diciembre de 2007): 181.

43 Ministerio de Salud, "Normograma...".

La política pública, más que un documento es un acuerdo de la sociedad colombiana que se encuentra comprometida con la inclusión plena de sus ciudadanos con discapacidad. Ha sido diseñada desde la concertación, dando cabida a las opiniones y propuestas surgidas de los diferentes sectores del Estado, la academia, la sociedad civil y las propias personas con discapacidad como protagonistas activos del proceso. Ella —la política pública— incluye a los actores de todos los niveles del Sistema Nacional de Discapacidad y se convierte en una guía que orienta la ruta por la cual se deben dirigir las acciones en materia de inclusión social de las personas con discapacidad, que se implementan en el nivel nacional y en los territorios. Precisamente, la mayor apuesta de esta política pública está en los territorios, pues es en ellos donde cada compromiso de política pública toma cuerpo e impacta la cotidianidad de los más de dos millones y medio de hombres, mujeres y niños con discapacidad que habitan en Colombia⁴⁴.

Inclusión jurisprudencial respecto de la discapacidad en Colombia

Teniendo en cuenta que en Colombia la Ley 1306 de 2009 modificó de manera importante el Código Civil y que con sus disposiciones pretendió adecuar la normatividad nacional a las diferentes obligaciones internacionales asumidas sobre protección de las personas discapacitadas, como la Convención sobre la protección y garantía de los derechos de personas con discapacidad, se hace necesario mencionar que conforme al tratamiento incorporado con inclusión de un concepto antiguo y parcial, poco integral, al hacer referencia solo a las personas con discapacidad mental, ha sido con el concepto de “control de convencionalidad”⁴⁵

44 Ministerio de Salud y Protección Social, Lineamientos generales para la implementación de la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social en entidades territoriales 2013-2022, Bogotá, 12.

45 En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), el concepto de control de convencionalidad surge para denominar a “la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. [...] La Corte es consciente que 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 porque 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. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos 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, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Control de Convencionalidad”, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 7, 2015. [http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconven cionalidad8.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconven%20cionalidad8.pdf)

que vía jurisprudencia se han logrado los mayores avances en el tratamiento y protección a quienes se les cataloga o diagnostica como discapacitados.

Por lo anterior, en este artículo incluiremos una lista meramente enunciativa de algunas sentencias que ilustran desde la Constitución de 1991 los aspectos sobre los cuales se han hecho pronunciamientos jurisprudenciales en casos concretos y que han atendido casos particulares y han contribuido en la adopción de medidas de protección de manera individual, cuando en verdad y en un adecuado tratamiento, estas deberían ser el resultado de la implementación de políticas públicas tendientes a una adecuada atención para la población que la padece.

Entre las seleccionadas, en orden cronológico, se mencionarán:

1. Sentencia T-430 de 1994. Asistencia médica para menor con discapacidad
2. Sentencia T-920 de 2000. Servicio de rehabilitación integral
3. Sentencia T-951 de 2003. Concepto pensión de invalidez
4. Sentencia C-174 de 2004. Derecho de igualdad de los discapacitados.
5. Sentencia T-078 de 2005. Derecho a la igualdad de las personas con discapacidad
6. Sentencia T-170 de 2007. Derecho a la educación de menor con discapacidad.
7. Sentencia T-487 de 2007. Derecho a la salud y educación de persona con discapacidad
8. Sentencia T-340 de 2010. Sujetos de especial protección constitucional.
9. Sentencia C-589 de 2012. Porcentaje de discapacidad para pensión de invalidez.
10. Sentencia T-285 de 2012. No discriminación.
11. Sentencia T-933 de 2013. Diferencia entre discapacidad e invalidez.
12. Sentencia T-108A de 2014. Personalidad jurídica de persona con discapacidad mental.
13. Sentencia C-021 de 2015. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

A partir de 2010 encontramos que las altas corporaciones han reiterado que estas personas como sujetos de derechos, en unas condiciones cognitivas especiales, deben gozar de una protección especial, no solo en aspectos relacionados con la accesibilidad, casi que reservada para los discapacitados físicamente, sino en otros aspectos como la seguridad social, la educación y las oportunidades de

inclusión, siendo pertinente el diseño, ajuste y estructuración de programas y actividades que conlleven la posibilidad de permitir la mayor participación junto a las demás personas en condiciones tales que se generen los incentivos y estímulos necesarios y adecuados. En relación con la seguridad social integral⁴⁶, se parte de considerarla un derecho de rango constitucional, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución política⁴⁷, y la protección a la familia como núcleo esencial de nuestra sociedad como bien lo señala el artículo 42 *ibídem*, y a partir de estos postulados se debe tener en cuenta la prevalencia del principio del interés superior de los niños en condiciones especiales, los cuales priman sobre los derechos de los demás, por lo que la jurisprudencia de constitucionalidad lo ha desarrollado garantizando la protección reforzada desde un punto de vista constitucional determinado. En todas las situaciones en que entren en conflicto los derechos e intereses de los niños frente a los de los demás ciudadanos, deberá dárseles prelación a aquellos, constituyéndose en un mandato tanto para las autoridades judiciales como para las autoridades administrativas encargadas de determinar el interés superior de los niños en cada caso en particular, para lo cual cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar y valorar la preceptiva atinente a cada situación fáctica relacionada con los menores involucrados en este tipo de situaciones, buscando siempre una solución que satisfaga dichos intereses recordando a través de sus diferentes providencias de constitucionalidad la obligación que le asiste al Estado en relación con la preservación del bienestar integral de los menores y adolescentes que requieren su protección con mayor diligencia y cuidado en el momento de decidir, por lo que cada circunstancia que

46 De conformidad con el preámbulo de la Ley 100 de 1993, Seguridad Social Integral "es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad".

47 Artículo 48 de la Carta Política: "La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante".

pueda afectar en forma definitiva e irremediable la integridad y los derechos del menor desempeña un papel determinante.

En los términos anteriores, el restablecimiento de los derechos de los niños y adolescentes implica la prevalencia de la dignidad e integridad en su calidad de sujetos de derecho y no objetos de derecho como mal se ha interpretado por nuestra sociedad, lo anterior con el fin de materializar la capacidad para la realización del ejercicio efectivo de los derechos que eventualmente y de manera silenciosa les han sido vulnerados, para lo cual, tanto el operador judicial como las autoridades administrativas, deberán surtir procedimientos tendientes a la eficacia del cumplimiento de cada uno de los derechos de rango no solo constitucional sino también de rango legal oportunamente por ser derecho de rango superior.

Por esto se hace necesario tener en cuenta el siguiente aparte de orden constitucional, donde la Corte Constitucional ha concebido como reiteración de jurisprudencia relacionada con el tema las siguientes fuentes de orden legal.

Conclusiones

Los cambios que se están produciendo internacionalmente en el campo de la discapacidad intelectual (DI), la implementación de la tecnología, la universalización de las ideas y con ella la comunicación y la facilidad de obtener y brindar información, están modificando la forma como vemos y tratamos a las personas que la padecen. Se vienen modificando no solo los términos en el lenguaje que empleamos para hacer referencia a ella, sino la actitud asumida por las familias, el entorno social de sus comunidades, las prácticas profesionales, la atención dentro del sistema de seguridad social y, sobre todo, se crean nuevas y novedosas expectativas sobre resultados personales mejorados para los receptores de los servicios.

Esta nueva forma de pensar sobre la discapacidad intelectual incluye un modelo multidimensional del funcionamiento humano y una noción socioecológica de esta condición. Amplía nuestro enfoque respecto a las personas con discapacidad hasta una perspectiva más amplia sobre cómo mejorar el funcionamiento humano a través de la reducción de la asimetría que nos permita encontrar apoyos individuales relacionados con el mejoramiento de la calidad de vida a partir de

la investigación y la práctica, muy a pesar a las graves falencias del sistema de seguridad social en Colombia.

A pesar de la falsa idea que la Ley 1306 de 2009 introduce e incorpora respecto a ideas modernas sobre la discapacidad, que salvaguardan la situación económica de estas personas, protegiéndoles en su patrimonio, en su vida, en aspectos de seguridad social y en temas de responsabilidad, específicamente, la normatividad sigue siendo excluyente y discriminatoria, pues al partir y estar fundamentada en presupuestos falsos, desde luego se llega a conclusiones falsas que para nada son benéficas, sino por el contrario, hasta perversas porque desconociendo la gradualidad y la complejidad de su caracterización, mantienen y preservan desde la ley, la desigualdad y la exclusión social.

No existe en Colombia una verdadera voluntad del Estado para investigar, estudiar, financiar, implementar y desarrollar políticas públicas para atender adecuada e integralmente la discapacidad intelectual y, por el contrario, pese al incremento de casos que se vienen detectando en la población y a los compromisos adquiridos con la suscripción de tratados internacionales, no se ha reforzado el concepto de control de convencionalidad como un desarrollo moderno jurídicamente hablando.

La discapacidad intelectual continúa siendo una de las consecuencias de las denominadas lesiones cerebrales que aún hoy en día no se encuentran debidamente identificadas ni clasificadas, si tenemos en cuenta que cada persona que la padece resulta siendo un mundo particular lleno de incógnitas y de grandes expectativas por descubrir. Para muchos se trata de un nuevo viaje; para otros es un viaje que continúa. Para cada uno de nosotros es un redescubrimiento diario frente a la angustia e incertidumbre del futuro.

Referencias

- American Association of Intellectual and Developmental Disabilities. En *Discapacidad intelectual: definición, clasificación y sistemas de apoyo* (undécima edición), traducido por Miguel Ángel Verdugo Alonso. Madrid: Alianza, 2011.
- Autismo Diario. Discapacidad intelectual: definición, clasificación y sistemas de apoyo. Autismo Diario. <http://autismodiario.org/2011/06/14/discapacidad-intelectual-definicion-clasificacion-y-sistemas-de-apoyo/>

•La persona con discapacidad mental•

Código Civil colombiano. *Ley 57/87. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*, 31 ed. Bogotá: Legis, 2013.

Código Procesal del Trabajo de Colombia. “Decreto Ley 2158 de 1948”. *Diario Oficial* 26.773 (21 de julio de 1948).

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia. “Decreto Ley 2158 de 1948. Las modificaciones introducidas por la Ley 712 de 2001”. *Diario Oficial* 44.640 (8 de diciembre de 2001)

Código Sustantivo del Trabajo de Colombia. Bogotá: Secretaría del Senado. <http://copaso.upbbga.edu.co/legislacion/Codigo%20Sustantivo%20del%20trabajo.pdf>

Cognifit. Plasticidad Neuronal y Cognición, estructura y organización. <https://www.cognifit.com/es/plasticidad-cerebral>

Congreso de Colombia. “Ley 50/90. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial* 39.618 (1991).

Congreso de Colombia. “Ley 100/93. Sistema de Seguridad Social Integral”. *Diario Oficial* 39.618 (1991).

Congreso de Colombia. “Ley 270/96 estatutaria de la Administración de Justicia”. *Diario Oficial* 42.745 (1996).

Congreso de Colombia. “Ley 1306/09 por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”. *Diario Oficial* 47.371 (2009).

Congreso de Colombia. “Ley 1346 de 2009. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”. *Diario Oficial* 47.427 (31 de julio de 2009).

Congreso de Colombia. “Ley. 1395/10 por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”. *Diario Oficial* 47.768 (2010).

Congreso de Colombia. “Ley 1618/13 por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”. *Diario Oficial* 48.717 (2013).

Constitución política de Colombia de 1991. Revisada y actualizada. Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Control de convencionalidad”, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 7, 2015. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconven%20cionalidad8.pdf>

Doman, Glenn. *Qué hacer por su niño con lesión cerebral*. Ciudad de México: Diana, 1996.

- Fonoaprendizaje: Discapacidad Intelectual. “Población con discapacidad intelectual en la escuela”, 2010. <https://fonoaprendizaje.wordpress.com/tag/tomado-de-httpcursos-cepcastilleja-orgmodforumdiscuss-phpd4111/>
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. *Los adultos mayores en México: perfil sociodemográfico al inicio del siglo XXI*. Aguascalientes: Ingedi, 2005.
- Ley 712 de 2001, Modificaciones al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia. *Diario Oficial* 44.640 (8 de diciembre de 2001).
- Medina Pabón, Juan Enrique, Manuel Rueda Serrano, María Lucía Torres Villarreal y Cecilia Díez Vargas. “Presentación general de la Ley 1306 de 2009: Revisión Académica y Jurídica”. En *Nuevo régimen de protección legal a las personas con discapacidad mental: antecedentes, análisis y trámite legislativo. Ley 1306 de 2009*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- Ministerio de Salud y Protección Social. Lineamientos generales para la implementación de la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social en entidades territoriales 2013-2022. Bogotá, Ministerio de Salud y Protección Social.
- Ministerio de Salud y Protección Social. “Normograma de discapacidad para la República de Colombia”. Bogotá, mayo de 2017, 4.
- Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 1999.
- Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.
- Rodríguez Díaz, María Clara, Alejandra Alvarado García, María Elisa Moreno Ferguson. “Construcción participativa de un modelo socioecológico de inclusión social para personas en situación de discapacidad”. *Acta Colombiana de Psicología*, 10, n.º 2 (2007): 181-189.
- Salvioli Fabian, Omar. “La influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el marco nacional”. En *Recueil des cours, 29 eme Session d'enseignement*, 117-136. Estrasburgo: Edit. Institut International des droits de l'homme, 1998.
- Schalock, Robert I., Ruth A. Luckasson y Karrie A. Shogren, con Sharon Borthwick-Duffy, Val Bradley, Wil H. E. Buntinx, David I. Coulter, Ellis (pat) M. Craig, Sharon C. Gómez, Yves Lachapelle, Alya Reeve, Martha E. Snell, Scott Spreat, Marc J. Tasse, James R. Thompson, Miguel Ángel Verdugo, Michael I. Wehmeyer y Mark H. Yeager. “El nuevo concepto de retraso mental: comprendiendo el cambio al término discapacidad intelectual”. *Revista Siglo Cero*, 38 (4), n.º 224 (2007): 5-20. <https://sid.usal.es/docs/F8/ART10365/articulos1.pdf>
- Schalock, Robert L. “La nueva definición de discapacidad intelectual, apoyos individuales y resultados personales”. *Revista Siglo Cero*, 40 (1), n.º 229 (2009): 22-39. <https://sid.usal.es/docs/F8/ART11724/Schalock.pdf>

Verdugo Alonso, Miguel Ángel. “Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la Asociación Americana sobre retraso mental de 2002”. *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 34 (1), n.º 205 (2003): 5-19. <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/3050>

—. “El cambio de paradigma en la concepción del retraso mental: la nueva definición de la AAMR”, *Revista Siglo Cero*, 25 (1994): 15. <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/3050>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. 2009. Sentencia C-227 de 2009. Referencia: Expediente D-7402. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Sala Plena.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-021 de 2015. Referencia: Expediente D-10328 M. P. Mauricio González Cuervo. Bogotá, Demanda de inconstitucionalidad contra: el artículo 1 de la Ley 1306 de 2009 (parcial). Corte Constitucional de Colombia. 2016. Sentencia C-067 de 2016. Principio de legalidad en materia sancionatoria-Alcance, Referencia: expediente D-10874. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sala Plena.

Corte Constitucional de Colombia. 2010. Sentencia T-340 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao, Sala Plena.

LA PERSONA CON DISCAPACIDAD AUDITIVA QUE NO SE PUEDE DAR A ENTENDER: ¿PROTEGIDO O EXCLUIDO?

Clara Carolina Cardozo Roa¹

Introducción

Josserand definía la capacidad de ejercicio como “la aptitud de ejercer nuestros propios derechos”², lo anterior implica que quien carece de ella no puede ejercer por sí mismo sus derechos subjetivos y para poder actuar en el mundo del derecho requiere, en términos del artículo 1502 del Código Civil colombiano³ adoptado por la Ley 57 de 1887⁴, “del ministerio o autorización de otra persona”. En este sentido, el artículo 1504 del mismo estatuto consideraba que había incapacidades debido a la edad (los impúberes y los menores adultos) y otras por las condiciones mentales, comportamentales y físicas de la persona (el demente, el disipador y el

.....
1 Abogada, especialista en Derecho Administrativo, magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario, y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Candidata al Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Docente temporal de la Universidad del Rosario. Exprofesora de tiempo completo de la Universidad Católica de Colombia. ccarocroa@hotmail.com, clarac.cardozo@urosario.edu.co

2 Jorge Arango Mejía, *Derecho civil: personas* (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1999), 248.

3 Colombia, Consejo Nacional Legislativo, “Ley 57 de 1887: sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”, *Diario Oficial* 7019, 20 de abril de 1887, 437-440.

4 Se cita como la Ley 57 de 1887 porque fue a través de esta norma que se adoptó el Código Civil como de la nación durante la república unitaria. Fernando Mayorga García, “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 14 (1991): 310. <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewFile/24835/26197>

sordomudo que no se podían dar a entender por escrito). En cuanto a los incapaces por la edad, el Código de Infancia y Adolescencia⁵ avanzó en la posibilidad de que por sí mismos ejerzan algunos derechos subjetivos; en tanto que la Ley 1306 de 2009⁶ hizo lo mismo con quienes padecen una discapacidad mental o deficiencias del comportamiento. Pero, en el caso del que se encuentra con discapacidad auditiva y no se puede dar a entender no se reconocieron de manera expresa las mismas posibilidades.

En atención a lo anterior, el presente capítulo pretende analizar si la persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender puede ejercer por sí misma sus derechos o, por el contrario, sigue siendo tratada como una incapaz que requiere del ministerio de otra persona para ejercer sus derechos. En otras palabras, el ordenamiento jurídico colombiano es incluyente o excluyente frente a la persona que se encuentra en situación de discapacidad auditiva y no se puede dar a entender. Para resolver esta pregunta se hizo una revisión bibliográfica, legislativa y jurisprudencial. Así mismo, se optó por dividir el texto en tres apartados, en el primero se presentará la evolución histórica de la capacidad de ejercicio de la persona que se encuentra en condición de discapacidad auditiva que no se puede dar a entender hasta el año 2009; en el segundo apartado se presentará la Ley 1306 de 2009 y las contradictorias interpretaciones que se han hecho frente a la capacidad de ejercicio de la persona con discapacidad auditiva, y en el tercero se presentarán los modelos teóricos que permiten soportar tanto la postura que contesta el problema de investigación negando la capacidad como aquellos que la defienden. Para, finalmente, concluir que la falta de un régimen jurídico claro de la guarda implicó una medida de exclusión en contra de la persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender y, en consecuencia, que la jurisprudencia y las normas jurídicas debieron ser modificadas de manera tal que hubiera coherencia entre la defensa que se hace de los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad auditiva que no se pueden dar a entender

5 Colombia, Congreso de la República, "Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia", *Diario Oficial* 46446 (8 de noviembre), 2006, 1-28.

6 Colombia, Congreso de la República. "Ley 1306 de 2009, Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados", *Diario Oficial* 47371, 5 de junio, 2009, 58-72.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

y lo que se regula en el ordenamiento privado, lo que aparentemente ocurrió con la Ley 1996 de 2019.

Por último, se advierte al lector que se será fiel al lenguaje empleado en cada una de las etapas de evolución de las instituciones jurídicas, por lo que resulta necesario aclarar que no es intención de la autora perpetuar la situación de discriminación de las personas en condición de discapacidad auditiva, sino presentar la evolución que la terminología jurídica ha tenido en este campo. En otras palabras, se tiene conocimiento de la Sentencia C-485 de 2015⁷, que indicó que la forma constitucionalmente apropiada de referirse a las personas que padecen de alguna afección auditiva es “persona con discapacidad auditiva” y “personas con discapacidad auditiva”, pero debido a la importancia del cambio de lenguaje se ha preferido resaltar la forma como este ha evolucionado.

El discapacitado auditivo que no se puede dar a entender como incapaz absoluto

El Código Civil colombiano⁸, en el artículo 1504, consideraba que eran incapaces absolutos “los sordomudos que no podían darse a entender por escrito”, de forma consecuente con lo anterior, el artículo 432 del mismo estatuto disponía que el “sordomudo que no podía darse a entender por escrito estaba sometido a curaduría general”, que se regía por las normas generales de las guardas y por las disposiciones especiales contenidas en los artículos 557 a 560 del mencionado estatuto, en el que resaltan los últimos dos artículos: en el 559 se establecía que los frutos de sus bienes en primer lugar, y los capitales en segundo, debían ser empleados, entre otros, para educar a las personas en condición de discapacidad auditiva y el 560, preceptuaba:

Artículo 560. Cesará la curaduría cuando el sordomudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, si él mismo lo solicitare, y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes; sobre lo cual tomará el juez o prefecto los informes competentes.

De donde se infiere que el legislador de 1887 era consciente de que había dos clases de sordomudos que no podían darse a entender por escrito: aquellos que

7 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, “Sentencia C-485/15”, 22 de julio de 2015, 71.

8 Colombia, Consejo Nacional Legislativo, “Ley 57 de 1887”.

tenían suficiente inteligencia para aprender a escribir y a administrar sus bienes y aquellos que carecían de tal inteligencia.

Esta incapacidad estaba fundamentada en la imposibilidad de conocer la voluntad del sordomudo que no podía darse a entender por escrito. Tal y como lo expresó Vélez⁹:

Entre un demente y un sordomudo que no puede darse a entender, puede decirse que solo hay esta diferencia: del demente se sabe que tiene perturbadas sus facultades intelectuales; del sordomudo no se sabe lo que piensa. De modo que la consecuencia práctica de uno y otro mal es que se ignora la voluntad del individuo respectivo, y como esta es la base de las obligaciones, es claro que la ley no puede aceptar la validez de las de un demente ni de las que pudieran suponerse a un sordomudo incapaz de darse a entender por escrito.

En la misma línea argumentativa, Claro Solar afirmaba¹⁰:

El infeliz que, antes de llegar al uso de la razón, y generalmente desde el nacimiento, carece del uso del oído y de la palabra no puede tener concepto claro de lo que sean derechos y obligaciones; difícilmente puede darse cuenta del valor pecuniario de los servicios humanos y de la importancia del comercio. Todos los autores están de acuerdo en que el sordomudo de nacimiento, a quien no se ha dado una educación especial carece, por consiguiente, de la capacidad de consentir.

Finalmente, son especialmente ilustrativos Alessandri, Somarriva y Vodanovic¹¹ quienes de manera expresa indicaban que la incapacidad radicaba en “su falta de medios para expresar cabalmente la voluntad que lo anima”.

Al lado de este régimen de incapacidad general, el Código Civil establecía varios particulares o especiales según los cuales ciertos negocios jurídicos se encuentran prohibidos para determinadas personas que son plenamente capaces¹². Así, los sordos (pudieran o no darse a entender) eran incapaces de actuar como testigos del matrimonio y del testamento (arts. 127 y 1068 cc) y de otorgar testamento abierto. Sobre este último punto se profundiza en la medida en que es

9 Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, vol. 2. (París: Imprenta París-América, 1926), 289.

10 Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. XI, *De las obligaciones* II (Santiago: Imprenta Nascimento, 1937), 30.

11 Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H., *Tratado de derecho civil*, vol. II, *Partes preliminar y general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 250.

12 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 5.ª ed. (Bogotá: Temis, 1998), 95-96.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

la única incapacidad especial que se mantiene. El artículo 1081 cc preceptúa que una persona que no puede entender o ser entendido de viva voz debe otorgar testamento cerrado y en tanto que el 1079 prohíbe a los que no saben leer y escribir otorgar testamento cerrado. Si bien la segunda norma “hace referencia al otorgamiento de testamento por parte del analfabeta”¹³, debe interpretarse de manera sistemática con el 1081 cc y, en consecuencia, en este acto, la persona en condición de discapacidad auditiva solo puede otorgar testamento cerrado si sabe leer y escribir. En caso contrario, no puede otorgar testamento porque el testamento abierto, al igual que el cerrado, es escrito (1067 cc) y aunque está permitido para analfabetas (1075 cc), el otorgante debe poder escuchar la lectura que se haga de su voluntad¹⁴ y en el verbal las declaraciones del testador deben hacerse de viva voz¹⁵.

Obsérvese cómo la ley y los comentaristas del Código fundaban la incapacidad absoluta del sordomudo en la imposibilidad que este tenía de dar a conocer su voluntad de acuerdo con los parámetros de comunicación verbales y escritos, en tanto que se consideraba que el lenguaje de señas

está muy lejos de tener la claridad y exactitud de la palabra o de la escritura; y solamente llega a ser comprensible para las personas que hacen vida íntima con el sordomudo y que practican con él su lenguaje mímico¹⁶.

El debate, que parecía cerrado, se vio alimentado con la expedición de la Constitución de 1991, en la que no solo se estableció el derecho a la igualdad y a la dignidad humana, sino que además se consagró en el artículo 47 el deber del Estado de adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social

13 Roberto Suárez Franco, *Sucesiones*, 3.ª ed. (Bogotá: Temis, 1999), 190.

14 Roberto Ramírez Fuertes considera que: “Quien pueda darse a entender de viva voz, aun cuando no sepa leer ni escribir; o el sordomudo cuando sabe darse a entender por escrito, por tratarse de una persona que superó la carencia de voz y aprendió a leer y a escribir, son capaces para otorgar testamento solemne, bajo la forma de abierto, nuncupativo o público”. Roberto Ramírez Fuertes, *Sucesiones*, 5.ª ed. (Bogotá: Temis, 1999), 83. Aunque no se comparte la posición del autor, sí queda claro que para la persona en situación de discapacidad auditiva que no supiera darse a entender por escrito, era imposible testar.

15 Esta prohibición para otorgar testamento es expresa en el caso de la persona en condición de discapacidad auditiva y visual, ya que además de tener que lidiar con la prohibición del artículo 1081 del cc, tiene que sortear con las exigencias del artículo 1076 del cc, según el cual “El ciego podrá solo testar nuncupativamente y ante notario o funcionario que haga las veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces; [...]”. Luego no puede otorgar el testamento cerrado porque el 1076 lo obliga a otorgar abierto y no puede otorgar el abierto porque como no puede ser entendido de viva debe otorgar testamento cerrado.

16 Claro Solar, *Explicaciones*, 32.

para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”¹⁷.

Ahora bien, a pesar de la expedición de la nueva constitución, solo hasta 1996 el Congreso profirió normas que buscaban favorecer a las personas en condición de discapacidad auditiva. En esta norma es especialmente relevante el artículo 2 de esta ley porque en ella se reconoció “la lengua manual colombiana como un idioma propio de la comunidad sorda del país”¹⁸.

Si bien esta disposición fue declarada inexecutable mediante la Sentencia C-128 de 2002, porque violaba el artículo 10 de la Constitución Política¹⁹, que establece que son lenguas oficiales el castellano y las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus territorios, permitió que se reconociera el papel de la lengua manual entre la comunidad en condición de discapacidad auditiva al afirmar que:

el Estado no excluye el apoyo a las otras opciones de educación y rehabilitación de la población con limitaciones auditivas, como la oralidad, y que la lengua manual es una técnica de comunicación, que no constituye idioma oficial en Colombia²⁰.

No obstante, el reconocimiento legislativo y constitucional de que la lengua manual es una “técnica de comunicación” no permeó las normas del Código Civil relacionadas con la capacidad de ejercicio general. Solo hasta la Sentencia C-983 de 2002 se declaró la inexecutable de la exigencia de que “se diera a entender por escrito”, de manera tal que a partir de esta decisión judicial si la persona en condición de discapacidad auditiva podía darse a entender con lenguaje manual, o de otra manera, era plenamente capaz, pero “si el sordomudo no puede darse a entender de manera clara e inequívoca, es decir, no puede comunicarse de manera inteligible, será sin lugar a dudas un incapaz absoluto”²¹.

17 Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de Colombia”. *Gaceta Constitucional* 116, (julio de 1991).

18 Colombia, Congreso de la República, “Ley 324 de 1996, por la cual se crean algunas normas a favor de la población sorda”, *Diario Oficial* 42899, 16 de octubre de 1996.

19 Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución.

20 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-128 de 2002, 26 de febrero de 2002, 45.

21 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Jaime Córdoba Triviño, Sentencia C-983 de 2002, 13 de noviembre de 2002, 18.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

En la misma línea, las sentencias C-401 de 1999 y C-065 de 2003 declararon la inexequibilidad de la incapacidad particular que pesaba sobre las personas sordas y mudas para ser testigos del otorgamiento del matrimonio²² y del testamento²³, por cuanto estas prohibiciones establecían una discriminación que vulneraba los principios, derechos y valores reconocidos en la Constitución, particularmente la dignidad humana y la igualdad de todas las personas ante la ley, la cual no solo hace referencia a una igualdad formal, sino también material o real que, en este caso, involucra la obligación del Estado de garantizar la rehabilitación de la persona en esta condición.

El siguiente paso en el proceso de lograr el reconocimiento de la capacidad de la persona en condición de discapacidad auditiva fue dado por el legislador en el año 2005, en que se expidió la Ley 982 “por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones”, en esta norma jurídica se clasificaron las personas en condición de discapacidad auditiva en sordo, sordo señante, sordo hablante, sordo semilingüe, sordo monolingüe y sordo bilingüe. Se hizo alusión también a la sordoceguera, pero esta condición de discapacidad tiene su propia caracterización que no puede subsumirse dentro de la clasificación de la sordera²⁴. Esta clasificación permite ver lo limitada que es la distinción que hacía el Código Civil entre la persona en situación de discapacidad auditiva que puede darse a entender y aquella que no.

Además, formuló una nueva definición de la lengua de señas resaltando que es una lengua:

[...] visual, gestual y espacial. Como cualquiera otra lengua tiene su propio vocabulario, expresiones idiomáticas, gramáticas, sintaxis diferentes del español. Los elementos de esta lengua (las señas individuales) son la configuración, la posición y la orientación de las manos en relación con el cuerpo y con el individuo, la lengua también utiliza el espacio, dirección y velocidad de movimientos, así como la expresión

22 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Fabio Morón Díaz, Sentencia C-401 de 1999, 2 de junio de 1999, 17.

23 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia C-065 de 2003, 4 de febrero de 2003 15.

24 Colombia, Congreso de la República, “Ley 982 de 2005, por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 45995, 9 de agosto de 2005.

facial para ayudar a transmitir el significado del mensaje, esta es una lengua visogestual. Como cualquier otra lengua, puede ser utilizada por oyentes como una lengua adicional²⁵.

También, esta ley en su artículo 21 consagró de manera expresa, para las personas en situación de discapacidad auditiva, el

derecho inalienable de acceder a una forma de comunicación, ya sea esta, el oralismo o la Lengua de Señas Colombiana como las dos formas con las cuales se puede rehabilitar una persona; respetando las características de la pérdida auditiva y posibilidades ante la misma [...]²⁶.

Aunque algunos de los artículos de esta ley fueron demandados ante la Corte Constitucional, esta alta Corte mantuvo la definición de lengua de señas y el reconocimiento de los derechos de las personas en condición de discapacidad auditiva²⁷.

25 Congreso de la República, Ley 982 de 2005.

26 Congreso de la República, Ley 982 de 2005.

27 Según el demandante, la ley violaba el derecho a la igualdad de las personas en condición de discapacidad auditiva que se comunicaban con un lenguaje diferente al de señas y, además, reproducía el texto de la Ley 324 de 1996. Debido a la importancia de la Sentencia C-605 de 2012, se transcriben las conclusiones de la alta Corte:

"(i) El legislador no viola la prohibición de reproducir una regla declarada inconstitucional, cuando son disposiciones con 'espectros de aplicación diferente', esto es, con objetos y alcances jurídicos distintos, así aparentemente sean similares (como, por ejemplo, una norma que establece una definición legal y otra que establece una obligación jurídica expresa en cabeza de una entidad)".

"(ii) En el orden constitucional vigente, los lenguajes de los seres humanos, en cualquiera de sus manifestaciones, son objeto de protección. Tanto la posibilidad de acceder a un lenguaje, como la posibilidad de usarlo de las múltiples y diversas formas en que se desee, para desarrollar la propia humanidad en el contexto de una comunidad".

"(iii) Toda persona sorda, sordociega y sordomuda tiene derecho constitucional a adquirir y expresarse jurídicamente, de forma válida, tanto por señas, incluyendo, por supuesto la Lengua de Señas de Colombia, LSC, como oralmente, por escrito o por otras vías que se desarrollen para el efecto, como parte de los ámbitos de protección concreta de los derechos a la libertad de pensamiento y libertad de expresión (art. 20, CP)".

"(iv) El legislador no viola el principio de igualdad al equiparar a las personas sordas con los pueblos y las comunidades indígenas, en el sentido de que son "parte del patrimonio pluricultural de la Nación" (art. 1, n.º 3, Ley 982 de 2005), en especial a la especificidad de sus derechos lingüísticos diferenciados y la posibilidad, por ejemplo, de ser beneficiarios de acciones afirmativas".

"(v) El legislador puede tomar medidas legislativas para la promoción de la lengua de señas usada por las personas sordas y sordomudas, de manera amplia y general en la sociedad, como medio de inclusión de estas personas. Pero la promoción constitucionalmente válida como acción afirmativa de la lengua de señas, en modo alguno supone privilegio o exclusión alguna de otro tipo de lengua o forma de comunicación. Una interpretación excluyente en tal sentido es discriminatoria y contraria a la Constitución". Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. María Victoria Calle Correa, Sentencia C-605 de 2012, 1.º de agosto de 2012, 111-112.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

En el año 2006, con la Sentencia C-076 de 2006 que declaró la inexequibilidad de la prohibición para los sordos y mudos para ser notarios públicos contenida en el artículo 133 del Decreto 960 de 1970, la Corte Constitucional reconoció el carácter de minoría oculta o discreta de las personas que se encontraban en situación de discapacidad auditiva, con las siguientes palabras:

4. Uno de estos colectivos desaventajados que conforman lo que la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada ha denominado “minorías discretas u ocultas” está integrado por las personas que tienen una discapacidad o desventaja grave o profunda en el habla, el oído o la visión. [...] Hasta hace muy poco estos colectivos eran invisibilizados, sus preocupaciones no ocupaban lugar alguno en la agenda pública o en las reivindicaciones de las organizaciones sociales, las autoridades públicas los trataban con desprecio o paternalismo y el propio derecho los asimilaba a incapaces y les imponía, de manera arbitraria, múltiples inhabilidades²⁸.

Para concluir este aparte, se observa que para el año 2006, las personas en condición de discapacidad auditiva que se hacían entender habían logrado el reconocimiento de: a) el carácter de minoría discreta, b) el lenguaje de señas como lengua natural de su comunidad y c) la capacidad de ejercicio siempre que pudieran darse a entender.

La falta de certeza acerca de la capacidad de ejercicio de la persona en condición de discapacidad auditiva que no se puede dar a entender

Con el anterior marco normativo y jurisprudencial se arribó al año 2009, durante el cual se expidió la Ley 1306²⁹, cuya finalidad era, por una parte, proteger a las personas con discapacidad mental y, por la otra, regular el régimen de representación de incapaces emancipados. De esta finalidad se resalta que se trataba de un régimen integral que buscaba regular la incapacidad de las personas que habían salido de la órbita de la patria potestad, sin distinguir la causal de esta. Lo anterior se ve ratificado por el artículo 119, que derogó de forma expresa “los artículos

28 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Jairo Córdoba Triviño, Sentencia C-076/06, 8 de febrero de 2006, 19.

29 Colombia, Congreso de la República, “Ley 1306 de 2009, por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”, *Diario Oficial* 47371, 5 de junio de 2009, 58-72.

261; 428 a 632 del Código Civil”³⁰, dentro de los cuales, como se dijo, estaban los que regulaban la guarda del sordomudo que no podía darse a entender.

Esta circunstancia generó dos interpretaciones, por una parte, la de aquellos que consideraban que debía ser tratado como un discapacitado mental absoluto y aquellos que defendían que la persona con discapacidad auditiva que no podía darse a entender no era incapaz. Dentro de aquellos que sostienen la primera posición se encuentra Parra Benítez que al respecto ha dicho que de no considerarlo discapacitado mental absoluto “se trataría de un incapaz para quien el ordenamiento jurídico no ha previsto quién lo represente”³¹.

Lamentablemente, esta posición ha sido asumida por el legislador en el Código General del Proceso³² y por la Corte Constitucional en dos sentencias. En cuanto al Código General del Proceso, en sus artículos 28, numeral 13³³ y 577, numeral 6³⁴, previó el proceso de interdicción “del sordomudo que no pueda darse a entender y su rehabilitación”, de manera tal que el legislador procesal de 2012 siguió considerando que era posible declarar la incapacidad absoluta del sordomudo, a pesar de que no hubiera normas sustanciales que regularan el ejercicio de esta guarda. Y, la Corte Constitucional asumió esta postura en las sentencias C-145 de 2010³⁵ y C-466 de 2014. En esta última, la Corte analizó la exequibilidad de la norma en que se prevé que la prescripción adquisitiva extraordinaria no se suspende y afirmó frente a la persona en condición de discapacidad auditiva que no puede darse a entender:

14.4. En el caso de las personas sordomudas que no puedan darse a entender, que no se les haya adjudicado curador por otro motivo, es posible iniciar un procedimiento

30 Colombia, Congreso de la República, Ley 1306 de 2009, 71.

31 Jorge Parra Benítez, *Derecho civil general y de las personas*, 2.ª ed. (Bogotá: Leyer, 2010), 235.

32 Colombia, Congreso de la República, “Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 48489, 12 de julio de 2012, 15-109.

33 Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, 20.

34 Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, 98.

35 En esta sentencia la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 62 del Código Civil que establece quienes deben actuar como representantes de las personas incapaces y en el punto atinente a los sordomudos determina que debe ser representados por quien ejerza la guarda. Si bien la Corte no se pronunció de fondo acerca de este numeral; se limitó a transcribirlo y en las notas al pie resalta la Sentencia C-983 de 2002, que solo declaró la inexequibilidad del “por escrito”, previamente comentado. Lo que implica que la persona en condición de discapacidad auditiva que no pueda darse a entender sigue siendo incapaz absoluta. Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Gabriel Eduardo García Martelo, Sentencia C-145 de 2010, 3 de marzo de 2010, 9, 33.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

de jurisdicción voluntaria, el cual tiene como objeto, según el Código General del proceso, la “interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta o del sordomudo que no pueda darse a entender y su rehabilitación y de la inhabilitación de las personas con discapacidad relativa y su rehabilitación” (CGP art. 577.6). Mientras no exista interdicción, sus actos no pueden considerarse absolutamente nulos. Aparte, estas personas cuentan con el derecho a que se les asigne un “curador especial”, de acuerdo con lo previsto en la ley, cuando se deba adelantar un asunto judicial o extrajudicial determinado y el interesado no pueda o no quiera comparecer o su representante legal se encuentre impedido de hacerlo (L. 1306/09, art. 61). Una vez se les asigne curador, este puede instaurar las acciones judiciales reivindicatorias en defensa de la propiedad de su pupilo³⁶.

En tanto que la segunda postura, esto es que la discapacidad auditiva de la persona que no puede darse a entender no es una causal que permita declarar la interdicción, ha sido sostenida por Lafont Pianetta, Medina Pabón y otros, Serrano Gómez y por Ortiz Monsalve.

De manera categórica, Medina Pabón y otros, en el mismo año en que se expidió la Ley 1306, afirmaron:

Es de destacar, inicialmente, que la Ley 1306 de 2009 recoge la tendencia del derecho moderno de excluir a los sordomudos de la lista de incapaces jurídicos, ya que ellos no tienen una deficiencia en estricto sentido mental o de su voluntad y por eso la asimilación al demente que en su momento hacía el Código Civil es actualmente impertinente.

Las personas sordas que, por no haber oído, no hablan, pueden y tienen que ser educadas, para lo cual existen métodos más que apropiados (fonoaudiología), de tal manera que esa lesión no sea impedimento para recibir los mismos conocimientos a los que acceden las personas que gozan de ese sentido y, en materia de comunicar la información y su voluntad, tendrán derecho a hacerlo de la forma que más se les facilite, y el sistema jurídico no solo no puede excluirlos, sino, por el contrario, tiene la función de promover todas sus habilidades; pero, si en alguna circunstancia la falta de audición o la dificultad de comunicarse con los demás llegase a hacer incierto el alcance de su voluntad, se tendría que apreciar como una falla puntual de esta, que se

36 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. María Victoria Calle Correa, Sentencia C-466 de 2014, 9 de julio de 2014, 22-3.

toma como un vicio del consentimiento, con lo cual se evita excluirlos del comercio jurídico en aquellos campos en que ellos pueden hacerlo con propiedad³⁷.

Cuatro años después, Lafont Pianetta consideró que solo se puede declarar incapaz absoluto o relativo a la persona que tenga la condición de discapacidad auditiva asociada a una discapacidad mental³⁸. Por su parte, Serrano Gómez funda su defensa de la capacidad de ejercicio del que se encuentra en condición de discapacidad auditiva y no se puede dar a entender en los avances que ha habido en materia científica, tecnológica y pedagógica, lo que le permitiría “su completa incorporación y participación en sociedad” y, con todo acepta que la declaratoria de incapacidad absoluta o relativa procedería si esta condición afecta su autodeterminación porque, “proceder de otra forma sería contrario a la dignidad humana”³⁹.

En cuanto a la defensa que hace Ortiz Monsalve⁴⁰ se funda en que seguir sosteniendo que el sordomudo debe ser declarado interdicto por encontrarse en condición de discapacidad absoluta, usando como pretexto que requiere protección, atenta en contra de sus derechos fundamentales y va en contra de las normas de interpretación. Esto último debido a que el Código Civil establece como regla general la capacidad y, en consecuencia, las causales que permiten la declaratoria de incapacidad absoluta deben ser expresas y no se puede acudir a la analogía en este punto. Esta postura del autor reafirma lo sostenido en la obra de Valencia Zea y Ortiz Monsalve cuando consideran que la interdicción de una persona en situación de discapacidad auditiva que conoce el mundo comercial lejos de ser

37 Juan Enrique Medina Pabón y otros, ed., *Nuevo régimen de protección legal de las personas con discapacidad mental: Antecedentes, análisis y trámite legislativo - Ley 1306 de 2009* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009), 14.

38 Pedro Lafont Pianetta, *Derecho de familia*, vol. 2. (*Leyes 54 de 1990-979 de 2005-721 de 2001-1060 de 2006-1306 de 2009-1395 de 2010*), *Principales reformas familiares del nuevo Código General del proceso*, 5.ª ed. (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2013), 513, 74.

39 Rocío Serrano Gómez, “Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 40, n.º 113 (2010): 313.

40 Álvaro Ortiz Monsalve, “De las guardas -tutelas y curatelas (nuevo sistema de protección de los discapacitados mentales)”, en *Jurista y maestro: Arturo Valencia Zea*, vol. II, *La problemática familiar y temas de bienes y obligaciones*, eds. José Alejandro Bonivento Fernández, Pedro R. Lafont Pianetta (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014), 34.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

una medida de protección se convierte en una medida perjudicial para ella y su patrimonio⁴¹.

Finalmente, esta defensa encuentra su eco en la doctrina internacional como se hace evidente en los textos de Mascareñas y Díez-Picazo. El primero considera que se debe eliminar esta condición de discapacidad como causal de incapacidad, porque estas personas pueden con educación, adquirir los conocimientos necesarios para administrar sus bienes y en caso de que esto no sea posible, podrían ser declarados incapaces en razón de una condición de discapacidad mental⁴². En tanto que Díez-Picazo, afirma que “en la actualidad, la sordomudez por sí sola no es causa de incapacitación y lo es solo cuando determine una anomalía que impida a la persona gobernarse por sí misma”⁴³.

Este enfoque que defiende la capacidad de la persona en condición de discapacidad auditiva y no se puede dar a entender es el que comparte la autora de este capítulo y tiene como punto de partida la lectura de los artículos 17 y 32 de la Ley 1306 de 2009, según los cuales, la discapacidad mental absoluta se presenta cuando la persona sufre “una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental”⁴⁴, en tanto que la discapacidad mental relativa se presenta cuando “las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio”⁴⁵.

Si se observa la discapacidad auditiva no puede considerarse como una patología del aprendizaje, del comportamiento o de deterioro mental; así como tampoco una deficiencia del comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial que ponga en peligro el patrimonio. Se trata, como se verá más adelante, de una condición de discapacidad sensorial y, como los investigadores con que se comparte posición, se considera que es una condición que puede ser superada con la

41 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil*, vol. I, *Partes general y personas*, 16 ed. (Bogotá: Temis, 2010), 551.

42 Carlos E. Mascareñas, “Las causas modificativas de la capacidad”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, n.º 3 (1963): 318-348. http://heinonline.org.ez.urosario.edu.co/HOL/Page?handle=hein.journals/rvdpo3&div=27&start_page=318&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults

43 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción a la teoría del contrato*, 6.ª ed. (Pamplona: Civitas, Thompson Reuters, 2007), 171.

44 Colombia, Congreso de la República, Ley 1306, 60.

45 Colombia, Congreso de la República, Ley 1306, 62.

educación apropiada. La cual es una obligación en primer lugar de los padres y del Estado de manera subsidiaria.

Los padres están obligados a educar a sus hijos con fundamento en el Código Civil⁴⁶ que preceptúa que ambos padres de común acuerdo deben educar a sus hijos (art. 253), que esta obligación se costea con cargo a la sociedad conyugal (art. 257) y que los padres, de común acuerdo, la dirigen del modo más conveniente para sus hijos menores (art. 264, modificado por el Decreto 772 de 1975⁴⁷). Obsérvese que en esta última norma se dispone que si bien los padres tienen derecho a escoger el tipo de educación que dan a sus hijos, esta elección debe hacerse en función de la conveniencia de estos, lo que, en el caso de un niño, niña o adolescente que se encuentra en condición de discapacidad auditiva, implica que la formación debe estar encaminada a que pueda comunicarse a través de cualquier lenguaje.

Ahora bien, la obligación del Estado parte de la Constitución, que en su artículo 67 establece el derecho de todas las personas a ser educadas y de él son responsables el Estado, la sociedad y la familia y el 68 establece que "... la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado"⁴⁸. Esta obligación se ve ratificada por el Código de Infancia y Adolescencia que, en su artículo 36 establece que:

[...] Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo:

[...]

2. Todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrá derecho a recibir [...] educación [...]⁴⁹.

46 Colombia, Consejo Nacional Legislativo, Ley 57 de 1887.

47 Colombia, Presidente de la República. "Decreto 772 de 1975, Por el cual se modifica el Decreto 2820 de 1974 y el Código Civil", *Diario Oficial* 34324, 24 de mayo de 1975.

48 Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución.

49 Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 de 2006, 4.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

Así, se evidencia que, si una persona en condición de discapacidad auditiva no ha podido aprender a darse a entender, esto se debe ya sea a que la familia o el Estado le han fallado. Ahora bien, la importancia jurídica del argumento que se presenta radica en la paradoja que se genera si una persona es declarada interdicta en razón de la discapacidad auditiva y el juez designa guardador a una de las personas que estando obligada a educarla no lo hizo. Esto es posible gracias a que el artículo 68 de la Ley 1306 de 2009 preceptúa que están llamados, después del cónyuge o compañero permanente, “2). Los consanguíneos del que tiene discapacidad mental absoluta, prefiriendo los próximos a los lejanos y los ascendientes a los descendientes”⁵⁰. De lo anterior, salta a la vista que los primeros llamados a ejercer la guarda son los padres, por su proximidad y el carácter de ascendientes.

En consecuencia, si se sigue considerando que la persona en condición de discapacidad auditiva que no se puede dar a entender es un incapaz absoluto, no solo se estarían desconociendo las normas de la hermenéutica, sus derechos fundamentales, sino que se estaría premiando la conducta de los padres que incumplieron con su obligación de educar a su hijo, según las necesidades de este último. Se considera que son premiados porque los padres al ser los representantes legales de su hijo, además son los administradores de sus bienes si estos valen menos de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁵¹.

Acercas de este punto, Soto Ruiz, al pronunciarse en general frente a los incapaces que ven sustituida su voluntad por la de un tercero, pone de presente que puede haber un conflicto de intereses entre el guardador y su pupilo, e indica:

Son múltiples las normas que ponen de manifiesto las injustas consecuencias para las personas con discapacidad de un sistema jurídico basada en la sustitución en la toma de decisiones.

El nuevo paradigma tiene como base el apoyo en la toma de decisiones, reconociendo la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad con otras en todos los aspectos de la vida, centrando el papel del Estado en la obligación de tomar las medidas apropiadas para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que

50 Colombia, Congreso de la República, Ley 1306 de 2009, 66.

51 Si el patrimonio del hijo supera los 500 salarios mínimos, en los términos de la Ley 1306 de 2009, se requeriría de un administrador fiduciario. Colombia, Congreso de la República, Ley 1306 de 2009, 65.

puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando los derechos y voluntad de las personas con discapacidad, sin que haya conflictos de intereses⁵².

Además, se hace notar que la falta de definición acerca de la capacidad de ejercicio de la persona que no se puede dar a entender derivada de las diversas interpretaciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales que sobre este punto ha tenido la Ley 1306 de 2009, genera en sí misma una situación de desigualdad y de desconocimiento de derechos, en la medida de que, al no estar claro si la persona en condición de discapacidad auditiva, que no se puede dar a entender, debe ser declarada interdicta o si es plenamente capaz es discriminada a la hora de celebrar negocios jurídicos porque al no saberse si estos van a estar viciados de nulidad o no, las otras personas prefieren abstenerse de celebrarlos.

Lo anterior tiene una importancia trascendente porque el reconocimiento de la capacidad de ejercicio y la posibilidad de celebrar negocios jurídicos se encuentra vinculado con el reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho y su personalidad. Para explicarlo, se acude a Díez-Picazo, quien fundándose en Legaz y Larenz, ha resaltado la importancia que tiene el negocio jurídico, y el contrato en particular, frente al reconocimiento de la dignidad de la persona.

Así, Legaz,

ha puesto en relación los conceptos de contrato y de persona. El contrato es no solo una manifestación de la actividad de la persona, sino casi su forma última de manifestarse en la vida de relación. Si ser persona significa estar en un mundo de situaciones creadas por la propia vida, es claro que el contrato constituye una forma básica del vivir social; es la forma jurídica por la que la persona crea en sociedad el mundo de situaciones jurídicas en que vive, dentro del marco de situaciones fundamentales en que toda existencia está⁵³.

Larenz, por su parte, ha afirmado que:

Al concluir un contrato con otro reconozco la autodeterminación del otro y por tanto lo reconozco como persona (p. 67). El autor citado recoge unas palabras de J. Binder que expresan la misma idea: “lo esencial para la consideración filosófica de este supuesto es que en el contrato se presupone y se reconoce la personalidad de la

52 José Javier Soto Ruiz, “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado”, en *Tratado sobre discapacidad*, eds. Luis Cayo Pérez Bueno y Rafael de Lorenzo (Cizur Menor: Aranzadi, 2007), 579.

53 Díez-Picazo, *Fundamentos...*, 142.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender.

otra parte contratante, por lo cual el contrato es en todo caso la forma necesaria de la actuación jurídico-privada de la voluntad, de manera que el negocio no se limita a la esfera personal de una persona particular, sino que se propaga a la del otro sujeto de derecho”. Y concluye Larenz: “la necesidad de regular las relaciones con otro por medio de un contrato y de no hacerlo por medio de una decisión autoritaria es una consecuencia del principio del respeto a la persona”⁵⁴.

La propuesta: la persona con discapacidad auditiva como sujeto plenamente capaz

Antes de proceder a definir la protección jurídica que requiere la persona con discapacidad auditiva conforme a la Ley 1996 de 2019, es necesario comprender el contenido y alcance social que tiene esta condición de discapacidad. Al respecto, Ramos Ramos afirma:

La discapacidad auditiva, comúnmente conocida como sordera, es del conglomerado de las discapacidades que puede sufrir un ser humano, la más incomprendida. Siendo una condición física, es imperceptible a la vista, lo que despoja al individuo que la padece de la típica empatía que los seres circundantes desarrollan hacia las personas que sufren otras discapacidades sí apreciables a simple vista. La sordera es, de las discapacidades, aquella que más empuja al ser humano a la soledad⁵⁵.

Nótese cómo la discapacidad auditiva, al afectar la comunicación de quienes se encuentran en esta condición, genera una situación de aislamiento frente a las otras personas, que solo puede ser superada en la medida en que se les dote de herramientas comunicativas a partir de la educación y la formación académica. Para lograr esta finalidad es necesario cambiar el paradigma a partir del cual se ha entendido esta discapacidad.

Obsérvese cómo la argumentación que ha abogado porque el “sordomudo” sea tratado como un incapaz parte de la base de que es él el llamado a adaptarse al tráfico jurídico, primero aprendiendo a comunicarse por escrito y ahora aprendiendo cualquier lengua, en particular, la lengua de señas. Dicho en otras palabras, el discapacitado auditivo, para que sin lugar a dudas sea plenamente capaz, tiene la carga de aprender a comunicarse a través de un “lenguaje reconocido”;

54 Díez-Picazo, *Fundamentos*, 142-3.

55 Tamara Mizel Ramos, “El derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico”, *Revista de Estudios Críticos del Derecho* 5, n.º 1, (2010): 93. http://heinonline.org.ez.urosario.edu.co/HOL/Page?handle=hein.journals/clave5&div=9&start_page=93&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults

carga que no la tiene que soportar una persona que tenga capacidad auditiva. De tal suerte que, si una persona que llega a Colombia habla inglés, mandarín o cualquier otro idioma diferente al castellano por ese solo hecho no ve puesta en duda su capacidad de ejercicio y la sociedad en general busca los medios para poder comprenderlo. Lo que en definitiva no ocurre con las personas en condición de discapacidad auditiva que no se pueden hacer entender, ya que, en este caso, los únicos que intentan comprenderlos son los que hacen parte de su familia o círculo íntimo. Esta situación desconoce la igualdad, la dignidad humana y la libertad del sujeto que aquí se estudia.

Los principios constitucionales⁵⁶ de la igualdad, la dignidad humana y la libertad han servido como marco conceptual para abordar la protección de las personas con discapacidad desde el punto de vista de los derechos humanos. Así, la igualdad se ve como una “meta frente a la cual el Estado tiene un deber de acción, un compromiso para asegurar las condiciones en las que esta se realice efectivamente”⁵⁷, en tanto que la dignidad humana “cobra especial importancia en relación con las personas con discapacidad, que no en razón de sus limitaciones son menos humanas pero que frecuentemente se ven sometidas a tratos degradantes e inhumanos, con lo que se les niegan las condiciones mínimas para asegurar una aceptable calidad de vida”⁵⁸. Y, finalmente, la libertad, como la posibilidad de tomar decisiones por sí mismos y que estas sean respetadas por su familia y la colectividad, se ve constantemente amenazada al considerarlos sujetos que no pueden expresar de forma apropiada su querer.

Así, el análisis de la discapacidad auditiva debe partir desde estos principios de la igualdad, la dignidad humana y la libertad y no desde los conceptos de normal/anormal y de vulnerabilidad que son los que desde el siglo XIX han servido de base para determinar la discapacidad.

.....
56 Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución.

57 Carlos Parra Dussan y Beatriz Londoño Toro, “La protección de la población con discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, En *Derechos humanos y discapacidad*, de Carlos Parra Dussan, Beatriz Londoño Toro, Carolina Herrera Nossa y Héctor Julio Castañeda, ed. por Carlos Parra Dussan (Bogotá: Centro Editorial Rosarista, 2004), 206.

58 Parra Dussan y Londoño Toro, “La protección”, 216-217.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

Tamayo Guerrero, siguiendo a Davis, indica que el concepto de normal/anormal o modelo rehabilitador surge en el siglo XIX⁵⁹, dentro del contexto de la revolución industrial. Durante esta se genera la idea de lo normal como aquello que encaja en un patrón ideal o promedio. Luego, será anormal todo aquello que no escapa de ese molde. El siguiente paso consiste en aplicar este concepto a los cuerpos, luego son normales aquellos que se encuentran en este marco y no normales o anormales los que están por fuera de esa pauta⁶⁰. Ahora bien, en el caso de las personas en condición de discapacidad auditiva, debido a la falta de empatía hacia ellas previamente descrita, ser calificados como anormales implicó imponerles la carga de tener que aprender la expresión oral o escrita porque si se permitían los lenguajes manuales se les estaba animando a comunicarse solo con personas en su misma condición, evitando que se relacionaran con quienes hablan⁶¹. Luego se les imponía a ellos la carga de integrarse con las personas “normales”.

Por otra parte, la vulnerabilidad que siguiendo a Santi⁶² es la situación en que se encuentra una persona que “no es capaz de velar por su bienestar o intereses, o no está en posición de evaluar los riesgos [...]”, lo cual implicaría ver la discapacidad auditiva dentro de un modelo centrado en el déficit que define

la discapacidad como un comportamiento desviado en el individuo, un síntoma o manifestación externa de una alteración subyacente física, sensorial o mental, que

59 Antes del siglo XIX hubo otros modelos para comprender la discapacidad como el modelo de la prescindencia que partía de la idea de que la persona en situación de discapacidad simplemente era una carga para la sociedad que no aportaba nada. Por ello, se practicaba la eugenesia y la marginación. Mario Toboso Martín y María Soledad Arnau Ripollés, “La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen”, *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 10, n.º 20 (2008): 66-67. <http://www.re-dalyc.org/pdf/282/28212043004.pdf>

60 Nicolás Tamayo Guerrero, *Biblioteca de la Discapacidad*, vol. 1, *Los paradigmas de la discapacidad*, ed. por Martha Lucía Tamayo Fernández (Bogotá: Fundación Derecho a la Desventaja, Pontificia Universidad Javeriana y Fundación Saldarriaga Concha, 2012), 30-33.

61 La anterior idea fue tomada de Baynton, quien expresa en inglés: “the use of sign language encouraged deaf people to associate principally with each other and to avoid the hard work of learning to communicate with people who were speaking English. All deaf people, they thought, should be able to learn to communicate orally. They believed that a purely oral education would lead to greater assimilation, which they believed to be a goal of the highest importance”. Douglas C. Baynton, “A silent exile on this Earth”: The Metaphorical Construction of Deafness in Nineteenth Century”, *American Quarterly* 44, n.º 2 (junio de 1992): 218. <http://www.jstor.org.ez.urosario.edu.co/stable/pdf/2713041.pdf>

62 María Florencia Santi, “Vulnerabilidad y ética de la investigación social: perspectivas actuales”, *Revista Latinoamericana de Bioética* 2, n.º 29 (2015): 69.

ocasiona en el individuo dificultades para realizar diferentes actividades y, por lo tanto, desempeñar un rol social acorde con las expectativas normativas del medio⁶³.

La consecuencia sería aceptar la posición asumida por Parra Benítez, el Código General del Proceso y la Corte Constitucional y, en consecuencia, seguir considerando a las personas con discapacidad auditiva que no pueden darse a entender como incapaces para ejercer por sí mismos sus derechos.

Esta óptica de lo normal/anormal y de la vulnerabilidad desconoce que:

La discapacidad auditiva es de carácter sensorial, es decir, solo involucra dificultades en el sentido de audición⁶⁴.

La persona con discapacidad auditiva es apta para aprender, lo cual ha sido aceptado desde la expedición del Código Civil, en la medida en que si la persona podía darse a entender por escrito en algún momento debió haber asimilado este tipo de comunicación. En palabras de Claro Solar: “Pero los sordomudos son susceptibles de adquirir una educación y una instrucción relativamente extensas; y según sea la educación, así será el grado de su inteligencia y de su responsabilidad moral”⁶⁵.

Al lado de este paradigma de la discapacidad están el modelo social y el enfoque de las capacidades que permiten cambiar la forma de analizar y abordar la discapacidad. Según el modelo social, la discapacidad no atañe únicamente a la persona que tiene esta condición y su familia, sino que considera que el concepto de discapacidad es un

“constructo” resultado de las interacciones entre un individuo y un entorno no concebido para él. [...]

Así al considerar que las causas que están en el origen de la discapacidad son sociales, pierde parte de sentido la intervención puramente médica. Las “soluciones” no deben tener cariz individual respecto de cada persona concreta “afectada”, sino que más bien deben dirigirse a la sociedad. [...] el modelo social pone el énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente

.....
63 María Clara Rodríguez Díaz, Alejandra Alvarado García y María Elisa Moreno Fergusson, “Construcción participativa de un modelo socioecológico de inclusión social para personas en situación de discapacidad”, *Acta Colombiana de Psicología* 10, n.º 2 (2007): 182.

64 Andrea Padilla Muñoz, “Inclusión educativa, discapacidad y normatividad”, *Revista Colombiana de Psiquiatría* 40, n.º 4 (diciembre de 2011), 676.

65 Claro Solar, *Explicaciones...*, 30.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender.

a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad⁶⁶.

El modelo anterior se ve reforzado por el enfoque de las capacidades⁶⁷ que considera que

[...] un efectivo respeto y garantía de sus derechos, significa aproximarse a la discapacidad bajo un enfoque distinto, un enfoque que permita observar aquello que es necesario para que una persona libre sea o haga y así aproveche las oportunidades necesarias para su bienestar en general, para vencer la situación que ha impedido dicho bienestar [...].

[Así,] el trato dispensado a las personas con capacidades diferenciadas o con discapacidad, debe basarse no en un criterio paternalista, caritativo o de políticas públicas, sino en una perspectiva de oportunidades respecto a las cuales estas personas tengan derecho a ellas como reclamo o pretensión⁶⁸.

Con base en este modelo, la sociedad y el Estado deben garantizar a todas las personas el goce efectivo de sus derechos, lo que significa en el caso concreto de quien está en condición de discapacidad auditiva, el que él pueda ejercer sus derechos por sí mismo sin que su voluntad sea sustituida por otro. Para lograr lo anterior, la familia, la sociedad y el Estado deben garantizarle a la persona con discapacidad auditiva que aprenda a comunicarse y que adquiera lo que Ewick y

66 Luis Cayo Pérez Bueno y Rafael de Lorenzo García, "Los difusos límites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad", en *Tratado sobre discapacidad*, dirs. Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno (Cizur Menor: Aranzadi, 2007), 1553.

67 El enfoque de las capacidades "se refiere a ese conjunto de capacidades mediante las cuales la persona logra los seres o haceres básicos que necesita para su desarrollo y que estarían dispuestas a adoptar como parte de una sociedad justa y digna. Las capacidades se refieren como 'aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser, según una idea intuitiva de lo que es una vida acorde con la dignidad del ser humano'".

"Ese conjunto de capacidades lo constituye los modos de ser y hacer (funcionamientos) que son accesibles a la persona para llevar adelante la vida que valora. Por medio de tales, no solo [se observa] el nivel de dignidad y justicia social que alcanzan las personas en un determinado conglomerado social; también el enfoque [...] ayuda a examinar el bienestar y los arreglos sociales de una persona, enfocándose en aquello que la gente es capaz de hacer o de ser".

"El enfoque de las capacidades presenta dos reclamos o pretensiones fundamentales: 1) la libertad como medio para alcanzar el bienestar, la cual es de una importancia capital; 2) que dicha libertad para alcanzar el bienestar se mide en términos de capacidades"

Amaury A. Reyes-Torres, "La protección de las personas con discapacidad en la Convención Americana sobre derechos humanos desde el enfoque de las capacidades: de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades", *American University International Law Review* 30, n.º 2 (2015): 252-253.

68 Reyes- Torres, "La protección", 251-262.

Silvey⁶⁹ han denominado conciencia jurídica, esto es la comprensión del sentido que sus acciones tienen en el mundo del derecho. Ahora bien, la conciencia anterior se adquiere en la medida en que se presenta una interacción entre la persona con discapacidad auditiva y la colectividad, es decir, en la medida en que es incluida en el entorno familiar, social, educativo y jurídico.

Luego, desde estos modelos se rescata la dignidad humana y se puede afirmar que asumir que una persona es incapaz absoluta solo porque no puede darse a entender, implica perpetuar la exclusión social a que ha sido sometida. Se considera que ha habido exclusión social porque en los términos de Hann se presentó “la negación o inobservancia de los derechos sociales, económicos y culturales”⁷⁰, particularmente la negación del derecho a la educación que le impidió a esta persona el desarrollo pleno de sus aptitudes comunicativas y jurídicas.

En consecuencia, el supuesto de una persona con discapacidad auditiva y que no puede hacerse entender solo se presenta si ha sido víctima de la exclusión, porque en los demás eventos debido a su aptitud para el aprendizaje, por una parte, tendría un querer jurídico y, por la otra, encontraría los medios para comunicarlo.

Además de los argumentos derivados de la comprensión de la discapacidad auditiva y los modelos explicativos, la postura que intercede por la capacidad de ejercicio, es acorde con las convenciones internacionales de las personas en condición de discapacidad que han sido ratificadas por Colombia, así se evidencia de la lectura de: a) La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada mediante la Ley 762 de 2002, y b) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, aprobada por la Ley 1346 de 2009.

En la primera de estas convenciones se acepta que la declaratoria de interdicción no constituye una medida discriminatoria, siempre que “sea necesaria y apropiada”⁷¹ para el bienestar de la persona con discapacidad. Luego, si se le

69 Citado por Padilla Muñoz, “Inclusión educativa”, 685.

70 Citado por Israel Cruz Velandia y Janeth Hernández Jaramillo, *Exclusión social y discapacidad* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006), 29.

71 Colombia, Congreso de la República, “Ley 762 de 2002, Por medio de la cual se aprueba la ‘Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad’”, *Diario Oficial 44889*, 5 de agosto de 2002, 4.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

impone a una persona que no la necesita o que se evidencia como inadecuada para protegerla, sí configura una medida que genera discriminación. Que es precisamente lo que ocurre con la persona con discapacidad auditiva, que, como puede adquirir conciencia jurídica no requeriría de un representante legal que supla o sustituya su voluntad. Además, es una figura inapropiada porque no la protege, sino que perpetúa su exclusión social⁷².

En cuanto a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se observa que, consagra como principio “a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”⁷³. En la Sentencia C-283 de 2010, que declaró la exequibilidad de la ley aprobatoria, la Corte frente a este principio resaltó:

[...] uno de los principios inspiradores que subyacen dentro del articulado de la Convención y los compromisos en él contenidos es el reconocimiento y exaltación de la autonomía del individuo, y el propósito de controlar, tanto como sea posible, el efecto de restricción de dicha autonomía que normalmente resulta de las distintas discapacidades que las personas pueden padecer. Así por ejemplo, la Convención plantea, entre otras garantías, que los individuos con discapacidad tienen derecho a tener un trabajo que les permita procurarse su propio sustento (art. 27), que están en capacidad de elegir cómo y con quién vivir (art. 19), que pueden establecer relaciones familiares como las de las demás personas a partir del libre consentimiento de los interesados (art. 23), y que pueden ejercer el derecho al sufragio y los demás derechos de participación política y social, en lo posible, sin la intervención de otras personas (art. 29). La Corte considera que en cuanto estas circunstancias buscan potenciar el ejercicio de la autonomía personal, y con ello el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 16 superior, todas estas disposiciones son válido desarrollo de importantes objetivos constitucionales, y por lo mismo, plenamente exequibles⁷⁴.

72 La Ley 762 de 2002, aprobatoria de la Convención, fue declarada exequible mediante la Sentencia C-401 de 2003. En ella, la Corte Constitucional reiteró que la única finalidad legítima de la interdicción es lograr el bienestar de la persona en situación de discapacidad y manifestó que, en el ordenamiento jurídico colombiano, esta medida tenía este objetivo. Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Álvaro Tafur Galvis, Sentencia C-401/03, 20 de mayo de 2003, 22-23.

73 Colombia, Congreso de la República, “Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”, *Diario Oficial* 47427, 31 de julio de 2009, 55.

74 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, C-243/10, 21 de abril de 2010, 50.

Es de aclarar que, en Colombia, se ha buscado que las anteriores Convenciones y garantía de derechos permeen el ordenamiento jurídico a través de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y la Política Pública de Discapacidad e Inclusión Social (PPDIS), Conpes 166 de 2013⁷⁵.

No obstante, estas normas no abordaron el problema que se ha pretendido resolver a través de este capítulo, hasta la expedición de la Ley 1996 de 2019⁷⁶, que entre otras disposiciones modifica el artículo 1504 del Código Civil y establece que únicamente existirá incapacidad jurídica por razones de edad, no por la discapacidad. Este cambio normativo conduce a que la persona en situación de discapacidad auditiva sea plenamente capaz y a que deban dársele los apoyos necesarios y adoptarse los ajustes razonables para que pueda comprender plenamente la información de los actos jurídicos que celebra. No obstante, en el momento de concluir la redacción de este capítulo aún no ha sido reglamentada la mencionada norma jurídica, por lo que no se conoce si se adoptarán apoyos específicos para las personas en situación de discapacidad auditiva o si se seguirán tratando de igual manera que las personas en situación de discapacidad mental.

Conclusiones

Con base en los argumentos anteriores se concluye que para determinar si una persona con discapacidad auditiva que no puede darse a entender no basta con la realización de un análisis normativo, jurisprudencial y doctrinario del derecho privado en la medida en que no han presentado soluciones definitivas. Así, se observa como la Ley 1306 de 2009 no contempla la interdicción del sordomudo en tanto que el Código General del Proceso aparentemente la revive, posición que la Corte Constitucional ha hablado. En tanto que los doctrinantes se encuentran divididos en dos bandos que parecen irreconciliables.

75 Yadira Alarcón Palacio, "Una mirada al enfoque de derechos en la protección de las personas con o en situación de discapacidad en Colombia", *Vniversitas Juridica* 63, n.º 128, (2014): 13-4.

76 Colombia, Congreso de la República, Ley 1996 de 2019, Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad". *Diario Oficial*, 26 de agosto de 2019, 1-10.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

Ahora bien, para obtener luces acerca de la respuesta al problema jurídico planteado es necesario comprender la discapacidad auditiva en particular y la discapacidad en general, así como los modelos que permearon las normas jurídicas, lo que permite tener de presente que si se asume que la persona es incapaz se está perpetuando el modelo que permite discriminar entre lo normal/anormal, en que lo anormal es además vulnerable, lo que desconoce la dignidad de las personas, entre otros derechos fundamentales. Luego, para poder defender la dignidad de la persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender es necesario comprender el papel que tiene la sociedad frente a esta y que debe ser vista como el poseedor de un proyecto de vida que el derecho y la sociedad deben ayudar a cumplir, no a suplantar.

Este cambio de concepción de la discapacidad implica realizar una lectura desde el punto de vista del derecho a la igualdad, a la dignidad humana y a la libertad. Desde esta óptica se evidencia que aceptar que la persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender continúa siendo un incapaz absoluto implica mantenerla sometida al esquema de exclusión social en la medida en que sería aceptar que se le negara el derecho a la educación.

Finalmente, con este capítulo se hace un llamado para que legislativa y jurisprudencialmente no se vea la problemática de la persona en condición de discapacidad auditiva que no se puede dar a entender como un tema que se encuentra en compartimientos estancos: por una parte, en virtud de las normas y tratados de derechos humanos se les hacen una serie de reconocimientos, pero, por la otra, en materia de derecho privado se les mantiene en una situación de falta de certeza que genera el desconocimiento de la capacidad de regular y de gestionar por sí mismos y voluntariamente sus intereses familiares y patrimoniales.

Referencias

- Alarcón Palacio, Yadira. “Una mirada al enfoque de derechos en la protección de las personas con o en situación de discapacidad en Colombia”. *Vniversitas Jurídica*, n.º 128 (enero-junio de 2014): 11-15.
- Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general*, vol. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Arango Mejía, Jorge. *Derecho civil: personas*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1991.

- Baynton, Douglas C. "A silent exile on this Earth": The Metaphorical Construction of Deafness in Nineteenth Century". *American Quarterly* 44, n.º 2 (junio de 1992): 216-243. <http://www.jstor.org.ez.urosario.edu.co/stable/pdf/2713041.pdf>
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. XI, De las obligaciones II. Santiago: Imprenta Nascimento, 1937.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. "Constitución Política de Colombia". *Gaceta Constitucional*, n.º 116 (julio de 1991).
- Colombia, Congreso de la República. "Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia". *Diario Oficial*, 8 de noviembre de 2006, 1-28.
- . "Ley 1306 de 2009, Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados". *Diario Oficial*, 5 de junio de 2009, 58-72.
- . "Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la 'Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad', adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006". *Diario Oficial*, 31 de julio de 2009, 54-64.
- . "Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial*, 12 de julio de 2012.
- . "Ley 762 de 2002, Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad". *Diario Oficial*, 5 de agosto de 2002, 4-6.
- . "Ley 1996 de 2019, Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad". *Diario Oficial*, 26 de agosto de 2019, 1-10.
- Colombia, Consejo Nacional Legislativo. "Ley 57 de 1887: Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional". *Diario Oficial*, 20 de abril de 1887, 437-440.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. "Sentencia C-065". Bogotá, 4 de febrero de 2003.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Álvaro Tafur Galvis. "Sentencia C-401". Bogotá, 20 de mayo de 2003.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. "Sentencia C-128". Bogotá, 26 de febrero de 2002.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Fabio Morón Díaz. "Sentencia C-401". Bogotá, 2 de junio de 1999.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Gabriel Eduardo García Martelo. "Sentencia C-145". Bogotá, 3 de marzo de 2010.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. "Sentencia C-485". Bogotá, 22 de julio de 2015.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Jaime Córdoba Triviño. “Sentencia C-983”. Bogotá, 13 de noviembre de 2002.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. María Victoria Calle Correa. “Sentencia C-605”. Bogotá, 1 de agosto de 2012.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. María Victoria Calle Correa. “Sentencia C-466”. Bogotá, 9 de julio de 2014.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Nilson Pinilla Pinilla. “Sentencia C-243”. Bogotá, 21 de abril de 2010.

Colombia, Presidente de la República. “Decreto 772 de 1975, Por el cual se modifica el Decreto 2820 de 1974 y el Código Civil”. *Diario Oficial*, 27 de mayo de 1975.

Cruz Velandia, Israel, y Janeth Hernández Jaramillo. *Exclusión social y discapacidad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Sexta. vol. I, *Introducción a la teoría del contrato*. Pamplona, Navarra: Civitas, Thompson Reuters, 2007.

Lafont Pianetta, Pedro. *Derecho de familia*. Quinta. vol. II (Leyes 54 de 1990-979 de 2005-721 de 2001-1060 de 2006-1306 de 2009-1395 de 2010), *Principales reformas familiares del nuevo Código General del Proceso*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2013.

Mascareñas, Carlos E. “Las causas modificativas de la capacidad”. *Revista de Derecho Puertorriqueño* (1963). http://heinonline.org.ez.urosario.edu.co/HOL/Page?handle=hein.journals/rvd-po3&div=27&start_page=318&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults

Mayorga García, Fernando. “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia”. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 14 (1991): 291-313.

Medina Pabón, Juan Enrique, Manuel Guillermo Rueda Serrano, María Lucía Torres Villarreal y Cecilia Díez Vargas. *Nuevo régimen de protección legal de las personas con discapacidad mental: Antecedentes, análisis y trámite legislativo-Ley 1306 de 2009*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

Ortiz Monsalve, Álvaro. De las guardas: tutelas y curatelas (nuevo sistema de protección de los discapacitados mentales). vol. II, La problemática familiar y temas de bienes y obligaciones, de jurista y maestro: Arturo Valencia Zea, de Álvaro Ortiz Monsalve, y otros, editado por José Alejandro Bonivento Fernández y Pedro R. Lafont Pianetta, 27-64. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014.

Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 5.ª ed. Bogotá: Temis, 1998.

Padilla Muñoz, Andrea. “Inclusión educativa, discapacidad y normatividad”. *Revista Colombiana de Psiquiatría* 40, n.º 4 (diciembre 2011): 670-699.

Parra Benítez, Jorge. *Derecho civil general y de las personas*. Segunda. Bogotá: Leyer, 2010.

- Parra Dussan, Carlos y Beatriz Londoño Toro. “La protección de la población con discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En *Derechos humanos y discapacidad*, Carlos Parra Dussan, Beatriz Londoño Toro, Carolina Herrera Nossa y Héctor Julio Castañeda, editado por Carlos Parra Dussan, 198-273. Bogotá: Centro Editorial Rosarista, 2004.
- Pérez Bueno, Luis Cayo y Rafael de Lorenzo. “Los difusos límites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad”. En *Tratado sobre discapacidad*, editado por Luis Cayo Pérez Bueno y Rafael de Lorenzo, 1551-1566. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.
- Ramírez Fuertes, Roberto. *Sucesiones*. Quinta. Bogotá: Temis, 1999.
- Ramos Ramos, Tamara Mizel. “El derecho a la educación de las personas con discapacidad auditiva en Puerto Rico”. *Revista de Estudios Críticos del Derecho* 5, n.º 1 (2010). http://heinonline.org.ez.urosario.edu.co/HOL/Page?handle=hein.journals/clave5&div=9&start_page=93&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults
- Reyes Torres, Amaury A. “La protección de las personas con discapacidad en la Convención Americana sobre derechos humanos desde el enfoque de las capacidades: De la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades”. *American University International Law Review* 30, n.º 2 (2015): 249-284.
- Rodríguez Díaz, María Clara, Alejandra Alvarado García y María Elisa Moreno Fergusson. “Construcción participativa de un modelo socioecológico de inclusión social para personas en situación de discapacidad”. *Acta Colombiana de Psicología* 10, n.º 2 (2007): 181-189.
- Santi, María Florencia. “Vulnerabilidad y ética de la investigación social: perspectivas actuales”. *Revista Latinoamericana de Bioética* 2, n.º 29 (2015): 52-73.
- Serrano Gómez, Rocío. “Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencia Políticas* 40, n.º 113 (julio-diciembre de 2010): 297-320.
- Soto Ruiz, José Javier. “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado”. En *Tratado sobre discapacidad*, editado por Luis Cayo Pérez Bueno y Rafael de Lorenzo, 577-622. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.
- Suárez Franco, Roberto. *Sucesiones*. Tercera. Bogotá: Temis, 1999.
- Tamayo Guerrero, Nicolás. *Los paradigmas de la discapacidad a través de la historia de la humanidad*, editado por Marta Lucía Tamayo Fernández, vol. 1. Bogotá: Fundación Derecho a la Desventaja, Pontificia Universidad Javeriana y Fundación Saldarriaga Concha, 2012.
- Toboso Martín, Mario y María Soledad Arnau Ripollés. “La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen”. *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 10, n.º 20 (2008): 64-94.

•La persona con discapacidad auditiva que no se puede dar a entender•

Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil*. Decimosexta edición, vols. t. I, parte general y personas. Bogotá: Temis, 2010.

Vélez, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, editado por Luis Ángel Arango, vol. II. París: Imprenta París-América, 1926.

EL TESTAMENTO VITAL: PROTECCIÓN DE PERSONAS A TRAVÉS DE DECLARACIONES ANTICIPADAS EN ARGENTINA Y COLOMBIA¹

José Vicente Andrade Otaiza²

Introducción: breve historia del testamento y su comparación con el testamento vital

En Roma, en un principio, según Samper:

hubo dos tipos de testamentos: o bien se hacía testamento convocando a los comicios, quienes se dedicaban dos veces al año a hacer testamentos, o bien *in procinctu*, esto es, cuando tomaban las armas por causa de guerra pues “procinctus” es el ejército armado y listo para el combate. Así pues, uno lo hacían en tiempo de paz, otro, al salir al combate.

Se añade después un tercer tipo de testamento que se hace por el bronce y la balanza. La persona que no había hecho testamento ni ante los comicios ni *in procinctu*, si se veía amenazada de muerte mancipaba a un amigo su familia, esto es, su patrimonio y le indicaba qué y entre quiénes quería que, después de muerto, se distribuyeran sus bienes. Este testamento se llama por el bronce y la balanza, sin duda porque se realizaba mediante la mancipación³.

.....
1 Este capítulo contiene resultados del proyecto de investigación del autor: “Nuevas instituciones del derecho de personas”, que corresponde a los trabajos propios de los cursos intensivos para el Doctorado en Derecho en la Universidad de Buenos Aires.

2 Abogado de la Universidad Santo Tomás, admitido al Doctorado en Derecho Privado de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad Católica de Colombia en Comisión de Estudios. jvandrade@ucatolica.edu.co

3 Francisco Samper Polo, *Instituciones jurídicas de Gayo* (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2009).

Si los interesados cuestionaban la validez de este testamento, se debía analizar, primero, que quien lo realizó tuviera facultad de testar; y si era así, se analizaba si al testar lo hizo de acuerdo con la regla de derecho civil y se le facultaba para efectuarlo como pudiera. Sin embargo, para que fuera válido un testamento se requería que se comprobara el cumplimiento de las solemnidades acostumbradas pues, en caso contrario, no tendría validez. Los testamentos ante comicios e *in procinctu* dejaron de utilizarse rápidamente, de manera tal que solo se conservó por bronce y balanza. Este se convirtió en el antecedente de los actuales testamentos, no obstante, se pasó de la figura de la mancipación que implicaba la transferencia del dominio de los bienes como si fuera una compraventa, a la constitución de herederos y de legatario, en donde los herederos por ostentar esta calidad debían dar cumplimiento a la voluntad del testador.

Como se ha expuesto por Samper⁴ el testamento además de todas sus características de fondo ostenta dos, al menos en la tradición romana, recibida por países como Argentina y Colombia a través de la implantación de normas con ocasión de la conquista de América:

Que la disposición de instituir a otro por testamento verse sobre bienes o derechos que tengan un valor económico y que se cumplan con las solemnidades acostumbradas y previstas: es por ello que en el antiguo derecho romano; el pretor, si se ha suscrito el testamento con la firma de siete testigos ofrece a los herederos instituidos en las tablas del testamento la posesión del patrimonio y si no hay nadie a quien pertenezca la herencia *ab intestato* por derecho civil, como por caso un hermano nacido del mismo padre, un tío paterno o un hijo del hermano, podrán los herederos instituidos retener la herencia. Y lo mismo procede si el testamento no es válido por otra causa, por ejemplo, porque el testador no vendiera el patrimonio o no hubiera pronunciado las palabras de la nuncupación.

Como queda indicado, desde el surgimiento de la institución, el testamento tiene un claro contenido patrimonial y se constituye de manera solemne, pero con la evolución de las instituciones debido al marcado progreso en los medios de tecnología, descubrimientos en materia médica, que aceleraron el rompimiento de fronteras en el conocimiento, se han presentado factores que incidieron a fondo en la transformación de las sociedades y, por ende, en la concepción y entendimiento de los derechos de la familia y de la persona. Consecuencia de lo anterior,

.....
4 Samper Polo, *Instituciones jurídicas de Gayo...*

•El testamento vital: protección de personas a través de declaraciones anticipadas•

se estudian y se han positivizado en países del otrora tercer mundo, instituciones nuevas que parecieran no ser del todo compatibles con las tradicionales instituciones reguladas por el derecho.

A la institución que estudiamos se le llama Testamento Vital, porque quizás es el referente o localizador más expresivo de aquello a lo que nos queremos referir o al menos el más comúnmente usado, pero también el más inadecuado, porque obviamente no es un testamento, ya que el testamento es un documento que se concibe para que produzca efectos después de la muerte de quien lo formaliza, lo cual no concuerda, al menos totalmente, con el testamento vital, ni es vital en modo alguno, ya que no tiene como finalidad reforzar la idea vida, sino la idea de respeto a la autonomía personal⁵.

Un ejemplo de lo anterior lo brindan las manifestaciones de la voluntad conocidas como directivas médicas anticipadas, testamento vital, testamento biológico o documentos de voluntad anticipada, que parecieran asimilarse en algo a las tradicionales asignaciones testamentarias, pero que por su diverso origen en el *Common Law*, no en el *Civil Law* europeos, se hacen más o menos incompatibles con las declaraciones testamentarias, que al ser estudiadas un poco a fondo no resultan tan diferentes, llevando a pensar que algunas de dichas declaraciones de voluntad podrían coexistir o formar parte de una declaración testamentaria, junto con otros derechos de naturaleza patrimonial.

De acuerdo con Quijada y Tomás y Garrido⁶:

[...] este tipo de voluntades anticipadas y el documento en que se plasman surge en Estados Unidos y obedece a una necesidad muy concreta: dar respuesta a la problemática manifestada en el contexto de su sistema sanitario, en el que el propio paciente había de hacerse cargo de los gastos de su enfermedad. Por otro lado, hacía años que se había reconocido el derecho del enfermo a la autodeterminación en el ámbito sanitario y algunas voces pedían una respuesta a aquellos casos en que el paciente, inicialmente competente, se encontraba en una situación en la que había perdido su capacidad para manifestar su voluntad. La idea de su elaboración surgió en 1967 en el seno de la Euthanasia Society of America y se atribuye a Luis Kutner, un abogado laboralista proderechos humanos de Chicago.

[...]

5 Antonio Martínez Maroto, Testamento vital, *Revista Sesenta y Más, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 227 (mayo de 2004): 46-51.

6 Cristina Quijada-González y Gloria María Tomás y Garrido G., Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado. *Persona y Bioética*, 18, n.º 2 (2014): 138-152.

La popularidad de este documento se produjo años más tarde, a raíz de dos casos judiciales que trascendieron a la opinión pública, los de Karen Ann Quinlan (18, 21, 22) y Nancy Cruzan (23, 24). Fue entonces cuando se puso de manifiesto la necesidad de regular esas situaciones de manera eficaz, y se consideró que conocer de antemano la voluntad de cualquier persona ante estas situaciones podría evitar conflictos en las relaciones entre el médico y los familiares del paciente ya que este último no podía decidir en ese momento.

Por otra parte, según la Sentencia C-233 de la Corte Constitucional colombiana⁷, el documento en que constan las voluntades anticipadas tuvo origen en la jurisprudencia estadounidense, concretamente en 1957,

tras la decisión adoptada por la Corte Suprema de California en el caso Salgo contra Leland Stanford Jr.; en aquella oportunidad se determinó la obligación de indemnizar cuando se traspasaban los límites del consentimiento otorgado por el paciente o bien se ocultaba una prohibición suya⁸.

La cual fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia en el caso Cruzan, el 25 de junio de 1990⁹ sobre la base del principio de la autonomía y autodeterminación del paciente. Respecto a su creación y desarrollo legal es importante referenciar la Natural Death Act Declaration de California de 1975¹⁰ “que garantizó a los ciudadanos el derecho a manifestar su voluntad sobre las condiciones de tratamiento médico a las cuales se someterían en caso de padecer una enfermedad terminal que les deje en estado inconsciente de manera permanente”¹¹.

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-233/14. Expediente: OG-145 objeciones gubernamentales al proyecto de Ley 138 de 2010 Senado, 290 de 2011, Cámara. M. P. Alberto Rojas Ríos, Bogotá, Sala Plena, 9 de abril de 2014.

8 José Luis Requero Ibáñez, La influencia del consentimiento informado. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ponencia del curso: La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, España, Consejo General del Poder Judicial, 2002.

9 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Cruzan v. Director, Missouri Department of Health. 497 U.S. 261, 25 junio 1990.

10 Ley de Muerte Natural de California es un documento legal que instruye al personal médico para retirar o suspender el trato de salvamento bajo ciertas condiciones. http://www.ehow.com/about_6540076_california-natural-death-act-declaration.html#ixzz2wF34B8H4

11 Roger Thorne, Poder duradero para atención médica en California. <https://legalbeagle.com/6054003-durable-attorney-health-care-california.html>

•El testamento vital: protección de personas a través de declaraciones anticipadas•

En España es efectiva la ejecución de la voluntad anticipada o también llamado testamento vital a partir de las leyes 021 de 2000 de Cataluña; 012 de 2001 de Madrid; 002 de 2002 de La Rioja; y la Ley Foral Navarra de 2002, las cuales tienen entre su fundamento, el Convenio de Asturias de Bioética suscrito en Oviedo en 1997, por el Consejo de Europa, por medio del cual se establece la protección especial a las personas que no tengan la capacidad de expresar su consentimiento para someterse a un tratamiento o intervención médica¹².

Además de estas normas de las comunidades autonómicas, en España merece una especial mención la Ley 41 del 14 de noviembre de 2002, que regula a nivel general “la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que es quien las(os) que los ha regulado a nivel estatal por primera vez”¹³.

Por su parte, en 2008, en Ciudad de México se reguló el procedimiento jurídico a través de la Ley de Voluntad Anticipada para que una persona suscriba tal documento con plena validez legal. El objeto de esta regulación era:

Establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural¹⁴.

En Dinamarca se estableció por ley en 1991 no solo el derecho al testamento vital, sino que se creó un registro que todo médico tiene obligación de consultar cuando le llega un caso terminal, y si no lo hacen los penalizan. En Holanda, que acaba de aprobar recientemente por ley la eutanasia bajo supervisión médica, ya existía testamento vital. Bélgica, paradójicamente, no lo tiene, pero está preparando la ley sobre eutanasia.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2014.

13 Martínez Maroto, “Testamento vital”, *Revista Sesenta y Más*, n.º 227, (mayo de 2004): 46-52.

14 Asamblea Legislativa del Distrito Federal. IV Legislatura Decreto por el que se expide la ley de voluntad anticipada para el distrito federal; se adiciona el Código penal para el distrito federal y se adiciona la ley de salud para el distrito federal (Ciudad de México, 7 de enero de 2008), 4. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-077346ece61525438e126242a-37d313e.pdf>

En el Reino Unido, el Colegio de Médicos recomienda a los enfermos suscribir, si es su deseo, el testamento vital pero no está legislado. En Suiza la situación es parecida a la de España, está legislado, pero no a nivel nacional, existe el derecho en algunos de los cantones¹⁵.

Aspectos generales

La vida y la muerte han sido temas de profunda reflexión y estudio por todas las personas académicas o no, pues son esferas del ser humano que siempre están presentes en todos sus actos. Es incuestionable que todo ser humano se pregunta sobre tales facetas, pero el tratamiento que se les da a dichas reflexiones cuando se pretende materializarlas en decisiones trascendentales para la existencia del hombre varía en los diversos sistemas jurídicos, los que, influenciados por creencias religiosas, movimientos culturales, entre otros los prohíben rotundamente o los permiten sin restricción alguna.

Como se vio en un punto anterior de este capítulo, es una clara tradición jurídica que la voluntad de las personas trasciende sus días y está prevista en la totalidad de los sistemas legales, mayoritariamente por razones de seguridad jurídica y de protección a los más débiles del núcleo familiar, revestida de ciertas solemnidades. No obstante, existe un pequeño número de decisiones que revisten requisitos menos exigentes para su eficacia antes, en el momento y después de la muerte de las personas, dentro de las que se enumeran: la voluntad anticipada que deje constancia sobre cuidados de la salud o tratamientos médicos; la disposición de los despojos mortales e, inclusive, la determinación de sus exequias; para aquellos casos en los que quien emite de manera anticipada su voluntad se encuentre en posterior incapacidad física o psíquica que le permita adoptar una decisión sobre el particular, debido a problemas de salud que pudieran llegar a ser insuperables con la aplicación de los recursos científicos o tecnológicos disponibles. Se trata de decisiones trascendentales que tienen relación con aspectos éticos y derechos personalísimos dentro de las que se enlista el llamado “testamento vital”.

15 María José Martín, Último deseo: “testamento vital”. *Escritura Pública*, 15 (2002): 46-48.

Concepto de testamento vital

El testamento vital ha sido tradicionalmente definido como aquel en que: “una persona manifiesta los tratamientos que desea recibir o rechazar para cuando haya perdido la capacidad de expresarse por sí misma y decide el destino de su cuerpo o de sus órganos tras su fallecimiento”¹⁶.

Comoquiera que el testamento vital puede contener aspectos que no conlleven necesariamente a la muerte del paciente, pues es perfectamente viable, aunque excepcional, que este sobreviva a los tratamientos especificados en el documento, en el presente estudio se hace énfasis en aquellos eventos en que el paciente no sobrevive al tratamiento o su voluntad es la de no recibir un determinado tratamiento recomendado por la ciencia médica y el médico tratante o sencillamente que no le aplica ningún tratamiento conocido; casos en los que la decisión de la persona contenida en el testamento vital cobra efectos para después de sus días o al menos tiene incidencia directa en el fallecimiento del paciente y disponente.

Debe precisarse que en este documento se considera que la indicación de la palabra *exequias* que utiliza el legislador argentino en el artículo 61 del CC y CN¹⁷, debe incluirse dentro de la concepción amplia del testamento vital, pues no existiría una razón fundamental válida para rechazársele (ya que ningún autor conocido y consultado lo considera) como tal debido a que es una manera de disponer del cuerpo o despojos mortales después de la muerte, con algún contenido indirecto de carga patrimonial, pero sin dejar de ser un derecho personalísimo.

Como declaración de voluntad que es, el testamento vital “es propiamente un negocio jurídico con el que el particular se propone conseguir un resultado que el derecho estima digno de especial tutela”¹⁸ en cuanto a derechos personalísimos.

16 Quijada-González y Tomás y Garrido, *Testamento vital*.

17 Eduardo Zannoni, Marina Mariani de Vidal, Jorge Oswaldo Zunino, Fernando Shina y Gloria Ramos. *Código civil y comercial, concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente*, 1.ª ed. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015), 48-49. “... Art. 61. Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada o esta no es resumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente o en su defecto a los parientes, según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

18 Quijada-González y Tomás y Garrido, *Testamento vital*.

Características del testamento vital

Para hacer evidente la particularidad de la figura objeto de estudio es preciso presentar comparativamente sus características diferenciadoras frente a la sucesión testamentaria, que regulan tanto en el anterior Código Civil argentino, como en el CC y CN.

Desde el punto de vista planteado, se pueden indicar las siguientes características:

a) La transmisión de los derechos por muerte a que regulaba el Código Civil de la nación argentina en los artículos 3279 y siguientes ya sea a título universal o singular, se refiere a bienes y derechos que tenían un contenido patrimonial y no a derechos personalísimos que son intransferibles; mientras que el llamado testamento vital tiene un contenido personalísimo que se ata a aspectos tales como la dignidad, no susceptibles de apropiación ni de transmisión por causa de muerte a la manera de testamento. La institución de la sucesión por causa de muerte es tratada en el CC y CN en los artículos 2277 y siguientes, en los que se prevé el testamento se somete a solemnidades, tanto en el Código Civil vigente, como en el nuevo CC y CN:

— En el Código Civil anterior regulaba la sucesión testamentaria en los artículos 3606, a 3874, estableciendo en capítulo independiente los testamentos ológrafos, por acto público, cerrado y los especiales; sin permitírsele al testador, en ningún caso, dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero, tal como lo indicaba expresamente el art. 3.619 de dicha obra.

— Por su parte, el nuevo CC y CN regula la sucesión testamentaria en los artículos 2462 y siguientes como una forma de transmisión de derechos por causa de muerte, estableciendo formalidades para cada una de las clases de testamentos, que no pueden extenderse a las de otra especie. Esta normatividad regula el testamento ológrafo y el testamento por acto público, suprimiéndose el testamento por acto cerrado y los testamentos especiales.

Como es apenas lógico y consecuente con la naturaleza de las disposiciones propias del testamento vital, los nuevos CC y CN, adoptados por Ley 26.994, cuya vigencia se inició a principios del año 2016, no regulan el testamento vital como una modalidad de testamento por razones como la de su contenido en el que no

•El testamento vital: protección de personas a través de declaraciones anticipadas•

se trata de transferencia de derechos patrimoniales, sino que, en algunos casos, conlleva la transmisión de derechos personalísimos o la determinación de obligaciones de hacer o no hacer de contenido extrapatrimonial y que se relacionan con la dignidad de las personas, pero siempre de cara a la posibilidad de vida, no de muerte del disponente.

Es así como en el Código de Vélez Sárfield, nada se previó sobre el particular y, por ende, su desarrollo se evidenció “jurisprudencial”¹⁹ y “doctrinalmente”²⁰. Por su parte, el nuevo CC y CN, acorde con los nuevos enfoques y visiones de la capacidad de las personas, especialmente en la disposición de derechos de índole personalísimo conformes con los derechos humanos y en armonía con lo previsto en los artículos 1 y 2 del CC y CN —título preliminar—, previó disposiciones que “*contienen declaraciones como las que se comentan: carentes de contenido patrimonial*”.

Así lo dispone el artículo 17, en el cual se establece que todo acto que se celebre sobre el cuerpo humano solo puede ser realizado por su titular y prohíbe la causa onerosa.

En desarrollo de la anterior disposición normativa se encuentran los artículos 55 a 61 del CC y CN. En el 55 se previó la posibilidad de disponer de derechos personalísimos de forma expresa, no presunta, siempre que no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Así, en el siguiente artículo, el 56, al regular los actos de disposición sobre el propio cuerpo, en primer lugar, prohibió aquellos que impliquen una disminución permanente de la integridad a menos que puedan mejorar la salud de la persona y que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, la moral y las buenas costumbres. En segundo lugar, dispuso que los trasplantes

19 En este sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Provincia de Buenos Aires. Sentencia caso causa C 85627, Buenos Aires, Argentina, 9 de febrero de 2005. <http://vlex.com/vid/36910459>. Sentencia en la que se trata a profundidad la forma como en otros ordenamientos jurídicos diferente del argentino se abordó el testamento vital y cómo se presentaba una ausencia de regulación en el derecho argentino.

20 “En este orden de ideas, la legislación y la doctrina de distintos países han desarrollado la idea del testamento vital, testamento biológico o *living will*. Como ya hemos dicho y así lo sostiene la mayoría de la doctrina actualmente, las denominaciones acuñadas no parecen apropiadas fundamentalmente en tanto se trata de disposiciones para la vida y no para la muerte. En el ámbito de la medicina, estas declaraciones, muchas veces pueden encuadrarse, según su contenido, dentro de lo que ha dado en llamarse “consentimiento informado”. Maritel M. Brandi Taiana, *Apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en el derecho argentino* (Buenos Aires: Astrea, 2004), 13. <http://vlex.com/vid/26542387>

de órganos estarían regulados por normas especiales²¹. Finalmente, estableció que los actos de disposición del cuerpo permitidos requerían del consentimiento de su titular y eran libremente revocables.

En el artículo 58 se establecieron los requisitos de validez para que se pudiera hacer investigación con seres humanos con intervenciones, para fines de tratamiento, prevención, diagnóstico o predicción de enfermedades, cuando no estén probadas de maneras científicas, es decir, experimentales. Los requisitos mencionados en este artículo involucran desde la idoneidad profesional de los científicos hasta el consentimiento informado del paciente, pasando por aprobaciones gubernamentales y de comités de ética. El consentimiento informado para fines de salud e investigación se encuentra regulado a profundidad en el artículo siguiente, el 59, en el que de manera amplia se dispone cómo debe otorgarse el consentimiento para realizar tratamientos e investigaciones de galenos. Esta disposición, establece que en principio el consentimiento debe ser declarado directamente por el paciente así este se encuentre en situación de discapacidad mental. Solo admite la sustitución del consentimiento para aquellos casos en los cuales el paciente se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad, no lo haya hecho con anterioridad y se encuentre en una situación de riesgo inminente de su vida y de su salud, en este caso, el consentimiento puede provenir de su representante, apoyo, cónyuge, compañero, pariente, acompañante. La norma incluso prevé que, si el paciente carece en ese momento de ellos, el médico puede actuar sin el consentimiento a fin de salvaguardar la vida del paciente.

Para los fines del presente capítulo resultan particularmente relevantes los artículos 60 y 61. En el primero de ellos se regulan las directivas médicas anticipadas y en el segundo lo referente a las exequias. Las directivas tienen la forma de un mandato, en que el declarante prevé encontrarse en una situación de incapacidad para consentir la realización de un tratamiento médico, así que, o bien determina a través de este acto el comportamiento que deben asumir los médicos o autoriza a otra persona para que tome la decisión. Es de aclarar que la norma establece que las declaraciones tendientes a la eutanasia se tienen por no escritas. Finalmente, estas declaraciones son esencialmente revocables.

.....
21 Si bien la norma argentina se refiere a implantes, se considera más apropiado hablar en Colombia de trasplantes, porque en este segundo contexto los implantes se refieren a componentes artificiales, mientras que en el caso de los trasplantes son tejidos que provienen de otro cuerpo humano.

•El testamento vital: protección de personas a través de declaraciones anticipadas•

En cuanto a las exequias, el artículo 61 prevé que la persona capaz puede disponer cómo desea que se celebren sus exequias y la forma en que espera que se disponga de sus restos, incluyendo entre estas disposiciones el uso de sus órganos para trasplantes, fines científicos o pedagógicos, entre otros. Esta declaración puede ser suplida por el cónyuge, compañero permanente o por los parientes atendiendo a los órdenes sucesorales, quienes deberán respetar lo que hubiere querido el difunto.

b) Estas últimas regulaciones

encuentra[n] su fundamento en la aplicación del principio de autodeterminación del paciente, materializado en el uso de su libertad responsable. Se estructura a través de un sistema de presunciones legales en el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez. Así pues, se presupone una capacidad de obrar suficiente y un actuar libre, sin violencia ni intimidación²².

De esta manera, si bien no se trata de un acto consensual, las únicas formalidades que se exigen para que la declaración tenga plena validez consisten en que conste por escrito y cuente con la firma de la persona que declara.

Dicha autodeterminación, en principio libre, “tiene limitaciones concretadas en las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o a la predisposición de ellas”²³, y en las prácticas eutanásicas que, en todo caso, se tienen por no escritas.

Este último aspecto, el de las prácticas eutanásicas, ha sido tratado asimilándolo en alguna medida a las declaraciones anticipadas en algunas reglamentaciones como la colombiana como consta en los numerales 7.2, 7.7 del artículo 7 y artículos 15 y 16 de la Resolución 1216 de 20 de abril de 2015²⁴ expedida por el

22 Quijada-González y Tomás y Garrido, *Testamento vital*.

23 Nota al artículo 57 en el *Código civil y comercial*, concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del pen, revisado ordenado y concordado por Zannoni *et al.*, *Código civil y comercial*, concordado.

24 La Corte Constitucional mediante Sentencia T-423 de 2017, M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, p. 75, ordenó al Ministerio de Salud: “(i) adoptar las medidas necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento y la correcta implementación de la Resolución 1216 de 2015, iniciando por la creación de un mecanismo eficaz mediante el cual tenga conocimiento de todos los casos de muerte digna desde el mismo momento en que el paciente lo solicite, y las demás medidas que estime pertinentes; y (ii) gestionar lo necesario para que todas las EPS e IPS del país emitan una carta de derechos para los pacientes en las que se ponga en conocimiento público de los usuarios del sistema de salud sus derechos y deberes en lo concerniente al derecho fundamental a morir dignamente”.

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, pues en el citado artículo 15 de dicha normativa al regular la solicitud de derecho a morir con dignidad, indica que los documentos de voluntades anticipadas o testamento vital, para el caso particular, se consideran manifestaciones válidas de consentimiento y deberán ser respetadas como tales.

Es claro, entonces, que para nuestra legislación, a diferencia de la normatividad argentina, el documento llamado *testamento vital* puede contener manifestaciones de voluntad relacionadas con prácticas eutanásicas limitadas al derecho a morir con dignidad, para los casos regulados por la Sentencia T-970 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia²⁵, por la que se ordenó al Ministerio de Salud emitir la directriz que regulara lo necesario para que los prestadores del servicio de salud conformen un comité interdisciplinario para tratar lo relacionado con la voluntad del paciente. Dicha directriz se concretó posteriormente con la Resolución 1216 de 2015; empero, para la emisión de dicha directriz, la Corte Constitucional expresamente indicó que el paciente debería emitir su voluntad a través de un documento en el que se haga constar su *consentimiento libre, informado, e inequívoco*, mas no empleó la denominación de testamento vital.

Sobre este último aspecto se presentan algunas diferencias entre un consentimiento asistido, y un testamento vital, así:

Sin embargo, no puede afirmarse que el testamento vital sea una modalidad de consentimiento informado, pues las diferencias entre ambas figuras son importantes. Así, en el testamento vital (utilizando el término en sentido amplio), el consentimiento no se puede prestar por sustitución, siendo el propio paciente quien decide con carácter previo; aun en los casos de designación de un representante, este ha de atenerse al contenido de las instrucciones. En el testamento vital falta el requisito de la información sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y alternativas que han de conocerse antes de firmar el consentimiento informado. Tampoco se contempla la obligación de ser informado por el facultativo que ha de aplicarlo, y falta igualmente la circunstancia de la inmediatez y la seguridad de la aplicación ya que el testamento vital se realiza en previsión de una supuesta incapacidad de hecho, y para una supuesta e hipotética situación.

.....
25 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-970 de 2014. Referencia Expediente T 4-067.849 M. P. Ernesto Vargas Silva, Bogotá, Sala Novena de Revisión, 15 de diciembre de 2014.

Diferentes son también los mecanismos legales previstos para garantizar que quien otorga estos documentos posee libertad de actuación (18) y capacidad suficiente para entender el acto que realiza y la trascendencia de sus manifestaciones. El testamento vital opera a través de presunciones *iuris tantum*, mientras que el consentimiento informado tiene establecida una relación directa y fluida con el médico que ha de aplicar el tratamiento o realizar la intervención²⁶.

Finalmente, por otra parte, de acuerdo con los argumentos que se han venido planteando con anterioridad, consideramos que son auténticas declaraciones anticipadas, los documentos que suscriben los pacientes en virtud de las previsiones a que se refiere la Ley 1733 de 2014²⁷ que regula, según el artículo primero dos derechos:

- I. El derecho que tienen las personas con enfermedades en fase terminal, crónicas, degenerativas e irreversibles, a la atención en cuidados paliativos que pretende mejorar la calidad de vida, tanto de los pacientes que afrontan estas enfermedades, como de sus familias, mediante un tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, teniendo en cuenta sus aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales, de acuerdo con las guías de práctica clínica que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social para cada patología.
- II. El derecho de estos pacientes a desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica y no representen una vida digna para el paciente, específicamente en casos en que haya diagnóstico de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.

c) Se lleva a cabo en ejercicio de la autonomía privada y regula intereses no patrimoniales, razón por la que se considera que, al no tener un contenido patrimonial, podría calificarse como un negocio jurídico especial, pues no tiene

26 Quijada-González y Tomás y Garrido, *Testamento vital*.

27 Congreso de la República de Colombia, Ley 1733 de 2014, Ley Consuelo Devis Saavedra.

por objeto un contenido económico, dado que versa sobre derechos personalísimos que no pueden ser objeto de enajenación o disposición a cambio de valor económico²⁸.

d) Como se indicó, su objeto o contenido es heterogéneo en la medida en que las disposiciones de quien lo otorga van desde la determinación de un tratamiento médico o su no realización (literal f del art. 59 del CC y CN), pasando por la designación de un tercero que pueda emitirlo para la realización de actos médicos para cuando el disponente se encuentre incapacitado de emitir dicha voluntad (art. 60 CC y CN), hasta disponer el modo o circunstancias de sus exequias o inhumación después de su fallecimiento (art. 61 del CC y CN)²⁹.

Lo anterior indica que dichas disposiciones tienen excepcionalmente relevancia en el derecho sucesoral, en la medida en que son diferidas en el tiempo y pueden ser la razón o causa de la apertura del proceso de sucesión testada o no, incidiendo consecuentemente en la masa de bienes de dicha sucesión, pues bien podría suceder que el difunto hubiera dispuesto que sus exequias deban llevarse a cabo en determinados lugares o con determinados costos y recursos.

e) Según Quijada-González y Tomás y Garrudo, manifiestan que el testamento vital debe abrirse en aquellos casos en los que su otorgante carece de la capacidad para tomar decisiones o fallece. En el primero de los casos se hace para que el médico conozca los límites de su acción y demás determinaciones relacionadas con el cuidado de su salud durante el estado de incapacidad, así como la persona encargada de ejecutar su voluntad. Como, en el testamento vital se pueden contemplar también disposiciones relacionadas con el destino del cuerpo, exequias, la donación de órganos, entre otros; también se debe abrir inmediatamente después de la muerte, para pueda tener plena eficacia³⁰.

f) Dada la trascendencia de las disposiciones que puede contener el testamento vital —en aquellos casos de extrema urgencia que contenga riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o la salud del paciente— y la autorización

.....
28 *Ibidem*.

29 En cuanto se refiere a las exequias, se reitera que los autores citados en el presente artículo y la bibliografía consultada no tratan este asunto como parte del testamento vital, por lo que su inclusión en esta institución es un aporte del autor de este capítulo, dado que se considera el testamento vital como un género, dentro del que caben estipulaciones conocidas en la literatura como testamento biológico, voluntades anticipadas, etc., entre otras.

30 Quijada-González y Tomás y Garrido G., *Testamento vital*.

previa que debe mediar de parte del disponente mediante la suscripción de un consentimiento informado (art. 59 del CC y CN), solo en situaciones extremas y cuando la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, sin haberla expresado con anterioridad, se permite que dicho consentimiento sea otorgado por su representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente.

g) ¿Es este, entonces, el momento de preguntarse si las o algunas de las disposiciones que constituyen un testamento vital, dadas las características vistas, pueden ser parte de un testamento ológrafo o de un testamento por acto público? Para dar respuesta a esta pregunta, la que de antemano se considera afirmativa, es preciso revisar los siguientes aspectos de orden jurídico:

- La capacidad para testar es similar a la capacidad para otorgar el testamento vital, pues ella consiste en la capacidad de disposición *mortis causa*, esto es, la aptitud para disponer de todos o parte de los bienes y derechos, para que tengan plenos efectos desde la muerte del testador, razón por la que se trata de una capacidad de fondo. Aunque se requiere de una capacidad formal para los eventos en que en el testamento se reconoce un hijo, se confiesa un hecho, se perdona al indigno, entre otros aspectos; este tipo de capacidad es especial en la medida en que aun estando el disponente incapacitado por orden judicial o el limitado no saber leer o escribir, es viable testar en intervalos lúcidos o por acto público con la intervención de un intérprete, tal como lo regulan los literales d y e del artículo 2467 del CC y CN
- La capacidad para testar es personalísima (es de naturaleza extrapatrimonial, pues ella no se puede transferir y además carece de valoración económica directa, no es negociable, ni transferible) pues no puede darse a través de otra persona en calidad de representante voluntario o legal y así lo expresa con toda claridad el artículo 2465 del CC y CN. En los eventos del testamento vital, la regla general es que el consentimiento o voluntad para disponer de derechos personalísimos (art. 55 CC y CN), para disponer sobre el propio cuerpo (art. 56 CC y CN), así como para las investigaciones en seres humanos (art. 58 del CC y CN) y el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones (lit. g del art. 59), prevén

un consentimiento directo del disponente y, solo en eventuales situaciones, en las que este se encuentre en grave incapacidad para emitir dicha voluntad permiten que terceros puedan hacerlo; aunque en las hipótesis de exequias, solo si la voluntad del difunto no ha sido expresada, la decisión corresponde, como se ha dicho, al cónyuge, conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio.

El artículo 2462 del CC y CN, establece que:

Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el título de este libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; en este acto, también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales³¹.

Si bien queda claro con esta disposición y con la naturaleza misma del testamento, el contenido del testamento es fundamentalmente patrimonial, es previsible que se contemplen en él algunas disposiciones de contenido no patrimonial como es el caso del testamento vital, el que hace referencia a derechos personalísimos y por ende de contenido extrapatrimonial, solo en aquellos casos en los que la disposición tiene vocación para producir efectos después de la muerte del testador como sucede con la donación de órganos y la disposición de exequias.

No obstante ello, el problema que se plantearía sería la efectividad de la voluntad del disponente al incluir ciertas cláusulas atinentes al llamado testamento vital, por cuanto ellas producirían efectos aun antes de la muerte del testador, lo que las haría imprácticas o imposibles de cumplir, pues el testamento produce efectos solamente después de la muerte del disponente y, por ende, la voluntad de este no se conocería para sus destinatarios, sino solo después de la ocurrencia de tal hecho fatal. Lo anterior se infiere del contenido del artículo 2.471 del CC y CN, toda vez que establece: “Quien participó en el otorgamiento de un testamento o en cuyo poder se encuentra, está obligado a comunicarlo a las personas interesadas una vez acaecida la muerte del testador³².”

31 Nuevo Código civil y comercial de la nación argentina: Ley 26.994, Buenos Aires: 4 de octubre de 2014, 348. <http://www.colaboradorjudicial.com.ar/images/CHARLAS/26994.pdf>

32 *Ibidem*, 349.

Lo dicho, entonces, se aplicaría a las disposiciones relacionadas con actos de disposición sobre el propio cuerpo, investigaciones en seres humanos y las directivas médicas anticipadas; pero no aplicaría a las donaciones de órganos y exequias, las que de ser incluidas en un testamento producirían plenos efectos en la medida en que el conocimiento de este sea comunicado de manera rápida a los herederos o beneficiarios de las disposiciones testamentarias conforme lo indica el artículo 2.472 ya comentado, lo que preferentemente se realizaría en el testamento ológrafo, pues este puede ser dejado en custodia o bajo el cuidado de persona de confianza del testador y esta persona estaría en posibilidad de comunicar la existencia del testamento a la mayor brevedad y proceder a su apertura e información a los beneficiarios; mientras que en el testamento por acto público, la diligencia de apertura con la presencia de los testigos haría lento el conocimiento de la última voluntad del testador.

Clases de testamento vital

En los países en que se ha regulado el testamento vital existen múltiples clasificaciones que se han vinculado a organizaciones que promueven diversas visiones frente a la muerte y al alcance de las declaraciones que se van a realizar a través del testamento. Las más sencillas plantean que solo hay dos clases: los ortotanáxicos y los proeutanáxicos. Algunos autores incorporan una tercera categoría en que se profundiza en la cláusula que exonera de responsabilidad civil y penal a los médicos tratantes en la última enfermedad³³. En el ordenamiento jurídico español se observa una clasificación más extensa que depende del tipo de estipulaciones que contiene. Así, se observan: el testamento biológico, el de vida, la planificación anticipada de atención, directrices anticipadas de actuación de tratamiento y las instrucciones previas también denominadas carta de autodeterminación o voluntades anticipadas³⁴.

En todos ellos

una persona deja constancia de sus deseos para cuando no pueda manifestarlos y lo hace en relación con los cuidados de su salud y al destino de su cuerpo y órganos para después de su muerte. [Estas clases] presentan algunas diferencias de matiz que

33 Armando S. Andruet, *Breve exégesis del llamado Testamento Vital*. *Derecho y Salud* 1, n.º 2 (2002): 183-196.

34 Quijada-González y Tomás y Garrido G., *Testamento vital*.

afectan su contenido, no tanto por su propia naturaleza o denominación cuanto por los límites establecidos en legislaciones que los regulan³⁵.

En este sentido, se observa que el testamento vital ha evolucionado de la simple expresión de voluntad encaminada a evitar ciertos tratamientos o de solicitar la práctica activa de la eutanasia a una ampliación de las declaraciones que se pueden realizar frente a temas como la fe practicada, los tratamientos específicos que se aceptan, entre otros. En algunos países se han diseñado formularios a través de los cuales aquellas personas que padecen enfermedades crónicas pueden expresar su voluntad. Así ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos y Europa, en donde estos formatos pueden ser suministrados por las aseguradoras de salud, instituciones hospitalarias, iglesias, entre otras³⁶.

Para los fines del presente capítulo, se explicarán las clases de testamento vital reconocidas en ordenamientos como el español y en el de Estados Unidos, según la metodología seguida por Quijada-González y Tomás y Garrido G. En cada uno de estos casos, además de describir el tipo de testamento vital, se analizará lo que ocurre en el derecho argentino:

El testamento biológico, testamento vital, living will o declaration

Los primeros testamentos vitales tenían este contenido y se refieren principalmente a aquellas declaraciones que realizan los pacientes en estado terminal para indicar que rechazan los tratamientos “inútiles” cuanto el galeno tenía claro que la muerte era el resultado fatal. De manera que se buscaba evitar la “obstinación terapéutica”³⁷.

Corresponde este tipo de testamento vital al que se regula en el literal g del artículo 59 del CC y CN y que en la legislación argentina debe formar parte del consentimiento que debe suscribir el paciente en tratándose de actos médicos e investigación en salud.

35 Quijada-González y Tomás y Garrido G., *Testamento vital*.

36 Quijada-González y Tomás y Garrido G., *Testamento vital*.

37 Quijada-González y Tomás y Garrido G., *Testamento vital*.

Los poderes de representación

Los poderes de representación surgieron en Estados Unidos y en inglés reciben los nombres de *health care proxy*, *power of attorney*, *durable power of attorney for health care* o *health care powers of attorney* o *medical power of attorney*. En su estructura estos poderes corresponden a un mandato representativo, en el que la persona autoriza a otra para que tome las decisiones que considere prudentes en caso de encontrarse en incapacidad de expresar su voluntad y de requerir el otorgamiento de un consentimiento informado para la realización de un procedimiento médico. En este sentido, el poder autoriza una completa sustitución de la voluntad por parte del mandatario, aunque, como ocurre con otros mandatos, el mandante puede limitar la actuación del mandatario determinando la amplitud de su gestión, así puede indicar a qué tipo de procedimientos quiere someterse y a cuál no³⁸.

En el derecho argentino la simple designación de una persona que deba tomar las decisiones sobre el tratamiento a suministrársele o no, que se relacione con actos de investigación o que tenga relación con las directivas médicas anticipadas, no constituye por sí misma una clase de testamento vital, pues en cualquiera de las variables que se contemplan en el CC y CN, el interesado puede designar un tercero para que lo haga e, inclusive en algunos casos, si no existe testamento vital previo, la decisión pueden adoptarla personas allegadas al paciente tales como “el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o allegado” según el orden sucesorio (inc. final art. 59, art. 61 del CC y CN).

El testamento vital mixto o las directivas anticipadas mixtas y complejas

En este caso, se observa una mixtura entre los dos modelos anteriores, es decir, el alcance de las declaraciones del declarante, por una parte, prohíben una serie de procedimientos terapéuticos, y por la otra, designan un representante para aquellos casos en que el otorgante no pueda declarar por sí mismo su voluntad. Además, se incorporan otros elementos relacionados con los cuidados que se

38 Quijada-González y Tomás y Garrido G., *Testamento vital*.

espera recibir durante la enfermedad terminal o el periodo de inconsciencia en que la persona se pueda llegar a encontrar³⁹.

La historia de valores o values history

En la historia de valores se incorporan los aspectos más relevantes de lo que el declarante espera frente a la vida, la enfermedad y la muerte. En él se pueden incorporar aspectos como, por ejemplo, la ceremonia religiosa, los cuidados que espera recibir, etc. Este puede ser un documento independiente del testamento vital o pueden incluirse sus disposiciones en un solo texto. La importancia principal de la historia de valores radica en que sirve para interpretar las disposiciones contenidas en los tipos de testamento mencionados⁴⁰.

Este tipo de declaraciones no es necesario en la legislación argentina, pero nada impide que pueda complementar a las anteriores modalidades de declaraciones ya estudiadas, pues son consideraciones más de tipo valorativo y subjetivo del disponente.

Instrucciones previas, voluntades anticipadas, voluntades vitales anticipadas o manifestaciones anticipadas de voluntad

Estas expresiones provienen de la legislación española, particularmente en el artículo 11 de la Ley Orgánica 41 de 2002, de 14 de noviembre, que se denomina “básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que ha sido desarrollada por las comunidades autónomas”. En esta ley las “instrucciones previas”, realmente, hacen referencia a un consentimiento previo e informado del paciente frente al ingreso a los hospitales y antes de la realización de algunos procedimientos médicos que pueden generar situaciones de inconsciencia o imposibilidad de declarar su voluntad⁴¹. En otras palabras, son declaraciones que se realizan “si algo sale mal durante el procedimiento”.

39 Quijada-González y Tomás y Garrido G., *Testamento vital*.

40 Quijada-González y Tomás y Garrido G., *Testamento vital*.

41 Quijada-González y Tomás y Garrido G., *Testamento vital*.

•El testamento vital: protección de personas a través de declaraciones anticipadas•

En estas circunstancias existen tres estrategias de acción, para tomar decisiones: 1) que el paciente deje establecido previamente sus preferencias; 2) que nombre a un sustituto para que tome las decisiones oportunas; 3) que las medidas que se adopten sigan los protocolos de los profesionales de la salud. Este es el marco fáctico en el que surgen los documentos de voluntades anticipadas⁴².

Su regulación en Argentina y en Colombia⁴³

En Argentina

Alguna doctrina sobre el tema

Plantea Cornet⁴⁴ que: “hasta hace pocos años, los hombres descontaban que ante la eventualidad de incapacidad ya sea por ancianidad, enfermedad o accidente, la familia se haría cargo y adoptaría las decisiones más convenientes para su persona”. Hasta mediados del siglo pasado, lo normal y corriente era que las personas murieran en su casa o en la habitación de un hospital rodeadas de sus parientes o seres queridos. En cambio, hoy se corre el riesgo de morir solos en salas de terapia intensiva luego de una agonía interminable. En la actualidad, con el achicamiento de la familia; debido a múltiples causas como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y su igualación en muchos planos con los varones, la separación y el divorcio, la relación de pareja, la reducción del número de miembros fijos en la familia, la realidad de los hogares constituidos por departamentos o casas pequeñas de dos o tres ambientes, los trabajos temporarios y los traslados laborales, etc., hace que en los hogares modernos de los países desarrollados cada vez haya menos mujeres, ancianos y niños, lo que genera la necesidad para las

42 Ana María Marcos del Cano (coord.), *Voluntades anticipadas*, 1.ª ed. (Madrid: I Dykinson SL, 2014), 20.

43 La razón objetiva para escoger estas dos legislaciones se fundamenta en que paradójicamente en Colombia, si bien no existen disposiciones que regulen de manera objetiva el testamento vital, con excepción de la Resolución 1216 de 20 de abril de 2015, en este país, se admite la eutanasia pasiva, como se reseñará adelante; mientras que en Argentina se regulan expresamente las decisiones relativas al testamento vital en los artículos 55 a 61 del CC y CN, pero de manera expresa, se tienen por no escritas, según el artículo 60 del CC y CN, las directivas tendientes a desarrollar prácticas eutanásicas.

44 Manuel Cornet, *Disposiciones para la propia incapacidad o testamento vital*. Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año académico 2007-2008, tomo XI (Córdoba: Alveroni Libros Jurídicos, 2011).

personas de adoptar decisiones o previsiones anticipadas para su cuidado en los eventos de incapacidad.

Es por ello que, Hiruela e Hiruela de Fernández plantean que

el deber por la legitimidad bioética de los llamados “testamentos de vida”, su utilidad para los profesionales de la salud y la necesidad o no de un cuerpo normativo que los reglamente son cuestiones irresueltas en la Argentina, por ello su análisis presenta un interés particular⁴⁵.

Que tradicionalmente fue el facultativo el que en primer lugar al prescribir el tratamiento tenía la primera palabra sobre el particular; conducta que se ha morigerado, ante el incremento del riesgo de posibles acciones judiciales sobre una “mala praxis”⁴⁶.

Lo anterior tiene explicación en

el deber del médico de informar adecuadamente al paciente de su real estado de salud y la revelación de todos aquellos datos que sean relevantes para que el paciente tome la decisión de dar o no su consentimiento a la práctica médica que le sugiere el médico⁴⁷.

En consecuencia, como se puede vislumbrar en los textos citados, es opinión tradicional de la doctrina argentina como Cornet⁴⁸, sobre el tema objeto de estudio, que:

No existía en el Código Civil derogado, previsión normativa alguna que permita al capaz adoptar disposiciones sobre el cuidado de la persona si sobreviene la incapacidad ya que no se encuentra prevista la posibilidad de designar un curador o tutor, ni la vigencia del mandato después de la incapacidad, ni la posibilidad de impartir directivas sobre el cuidado de su persona, tratamientos médicos, terapias, muerte digna, testamento vital, etcétera⁴⁹.

45 Omar Hiruela y María del Pilar Hiruela de Fernández, “El denominado ‘testamento vital’ y el derecho a morir con dignidad”, *Jurisprudencia Argentina*, 4, n.º 5 (2004): 27.

46 Luis Fernando Niño, “Eutanasia y suicidio asistido”, *Responsabilidad profesional de los médicos*, coordinado por O. Garay (Buenos Aires: La Ley, 2002), 1124.

47 Marcelo López Mesa, “Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado”, en *Tratado de responsabilidad médica: responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, 1.ª edición, P. Le Tourneau (Buenos Aires: Legis, 2007), 54.

48 Cornet, *Disposiciones para la propia incapacidad o testamento vital*.

49 *Ibidem*.

Alguna jurisprudencia reconocida

En la jurisprudencia Sentencia caso causa C 85627 de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires de 2005⁵⁰, se puede avizorar la posición casi unánime a la jurisprudencia con relación a la suspensión de tratamientos para personas que se encuentran en estado vegetativo y cuya consecuencia pueda acarrear la muerte del paciente, teniendo en cuenta la inexistencia de norma expresa que lo autorizara antes de la vigencia del CC y CN.

En ella, el señor juez, Dr. Hitters, analiza tanto las normas internacionales como las argentinas vigentes en esa época frente a la forma en que debía tratarse a una persona que se encontraba en estado vegetativo y los familiares se encontraban divididos en cuanto a si se le debía o no conservar el soporte permanente de vida. Para expresar su posición, el juez, en primer lugar, describe el contenido y alcance del consentimiento informado como un derecho que tiene el paciente para rechazar ciertos tratamientos médicos, siempre que este consentimiento se otorgue de manera informada y con libre adhesión. Tras una interesante disquisición, el juez mencionado concluye que el rechazo de los procedimientos puede conducir hasta la toma de la decisión por parte del paciente de rechazar los tratamientos que lo mantengan con vida o cuya suspensión o no realización pueda conducir de manera inmediata a la muerte del paciente.

A renglón seguido, analiza la distanasia⁵¹, que hace referencia a procedimientos médicos destinados a evitar la muerte del paciente, es decir, cuyo propósito es alargar la vida a cualquier precio. Tras esta definición, el juez concluye que la distanasia contra la voluntad del paciente, viola la garantía del debido proceso legal regulado tanto por las normas constitucionales argentinas como por las convencionales americanas.

50 Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires (febrero 2005). Conoció esta corporación por recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley y de nulidad contra decisión del Tribunal de Instancia Única del Fuero de Familia 2 de San Isidro rechazó la solicitud formulada por el curador definitivo de la causante denegando, en consecuencia, autorización para interrumpir la alimentación artificial e hidratación de su representada y esposa, doña M. d. C. S. —fs. 459/474 vta.—.

51 Sobre el tema de la distanasia puede verse: Alfredo Jorge Krauf, *Los derechos de los pacientes* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997), 84; Taiana de Brandi, Nelly Alicia y Luis Rogelio Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad* (Buenos Aires: Astrea, 1996), 8; Pedro Federico Hooft y Jorge Luis Manzini, "El caso Cruzan: ¿Eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico? El estado vegetativo persistente y los tratamientos de soporte vital: interrogantes éticos y jurídicos", *El Derecho* 30, n.º 8135 (1992): 1-5.

Finalmente, el juez analiza el consentimiento otorgado por un sustituto cuando la persona carece de consciencia. Para ello, analiza el concepto de testamento vital e indica cómo en el ordenamiento jurídico vital contenido en el Código Civil de Vélez Sarfield, vigente hasta el 31 de diciembre de 2015, no existía ninguna provisión que le permitiera aprobar que, ante la ausencia de un testamento vital, el juez pudiera autorizar que la toma de la decisión se radicara en cabeza de la familia y, en consecuencia, no se autorizó la cesación de los procedimientos que mantenían con vida a la persona en estado vegetal. En palabras textuales, expresó:

Así las cosas, la jerarquía constitucional otorgada al derecho a la vida (primero y más importante) impone que, aun en caso de duda, siempre debe estarse por la solución más favorable a su prolongación (o subsistencia). Máxime, si como sucede en esta oportunidad ni siquiera se ha esgrimido un criterio unívoco por las personas más cercanas a la enferma sobre cuál sería su mejor destino y la irrazonabilidad del tratamiento aplicado no aparece tampoco acreditada de modo manifiesto o palmario.

[...]

Ante el vacío normativo en cuanto a la sustitución de la voluntad del paciente en casos como el presente no me encuentro en condiciones —como juez— de proveer una autorización para la muerte, pues —como expliqué— tal laguna debe llenarse en un sentido contrario al solicitado por el recurrente (conf. art. 16, cc).

Por ello, en respuesta al segundo interrogante planteado concluyo que no se puede prestar consentimiento por un sustituto en el *sub discussio*⁵².

En Colombia

Alguna doctrina reconocida

Como en toda relación jurídica existente entre sujetos de derecho, en la que se da entre el médico y el paciente “es fundamental el consentimiento de este último”, el que resulta ser el sujeto protegible en el caso concreto, lo que se reafirma en el artículo 8 de la Ley 23 de 1981⁵³.

52 Corte Suprema de Provincia de Buenos Aires, Sentencia caso causa C 85627, Buenos Aires, Argentina, 2005, 18-24. <http://vlex.com/vid/36910459>

53 Congreso de Colombia, “Ley 23 de 1981 por la cual se dictan normas en materia de ética médica” *Diario Oficial* 35.711, 27 febrero de 1981, art. 8.

Artículo 8. El médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 3380 de 1981 en su artículo 5⁵⁴ señala que

el paciente debe tener libertad suficiente para aceptar o no la atención médica, siempre y cuando tenga la capacidad de manifestar su libre albedrío y según el artículo 7 de la misma norma, salvo los casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios en relación a: a) que el caso no corresponda a su especialidad; b) que el paciente reciba atención de otro profesional; c) que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas.

Tal como lo indica Santos Ballesteros en su artículo incluido en el texto *Teoría de la responsabilidad médica*⁵⁵.

Por su parte, cuando el paciente se encuentre en estado de incapacidad, inconciencia o sea menor de edad, para proceder a la intervención quirúrgica, es menester obtener la autorización previa por parte de los allegados del paciente, salvo casos de urgencia, tal como lo prevé el artículo 14 de la Ley 23 de 1981⁵⁶.

De la misma manera debe obtener el consentimiento del paciente para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos indispensables que lo puedan afectar física o síquicamente, salvo en los casos en que no sea posible, según lo establece el art. 15 de la Ley 23 de 1981⁵⁷.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 23 de 1981, al regular los tratamientos experimentales, expresa:

54 Presidencia de la República de Colombia, "Decreto 3380 de 1981 por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981", *Diario Oficial* 36.914, 30 diciembre de 1981.

Artículo 5. La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos:

1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.
3. Por solicitud de terceras personas.
4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

55 López, *Teoría general de la responsabilidad civil médica*...

56 Artículo 14. El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

57 Artículo 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Artículo 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

Parágrafo. Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, este podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y si fuere posible, por acuerdo en junta médica (p. 4)⁵⁸.

Esta norma presenta una limitación clara, pues solo permite al facultativo acudir a procedimientos experimentales en aquellos casos en los que dicho tratamiento “sea la única posibilidad de salvación, con autorización del paciente o sus familiares”⁵⁹, previo acuerdo en junta médica.

Las normas transcritas no se refieren a la determinación anticipada de declaraciones relacionadas con tratamientos médicos para momentos de inconciencia o incapacidad y mucho menos la determinación anticipada de exequias dirigidas a los médicos tratantes o herederos. Es por lo anterior que como se hace en el derecho argentino, deben diferenciarse los actos de disposición sobre el propio cuerpo, los procedimientos o tratamientos de investigación en seres humanos, las directivas médicas anticipadas, así como la determinación de las exequias, como decisiones que se toman en vida, pero que pueden tener incidencia antes y después de la muerte del disponente a ser protegido con dichas declaraciones; que abarcan varios aspectos jurídicos diferentes, con diverso tratamiento y alcance; lo que es de suma importancia para no generar confusiones, al no existir una normatividad clara en Colombia sobre el particular.

Lo anterior conlleva a que se tienda a confundir dichas determinaciones con las de un testamento, lo que, como se dijo, es de naturaleza diferente, pero que, para ciertos casos, como el de donación de órganos o determinación de exequias, pueden coexistir.

Como dice Zappalá:

[...] No es admisible replicar que las declaraciones anticipadas de tratamiento médico constituyen la denominada dimensión atípica del testamento. Por lo tanto, es insostenible intentar introducir o admitir las *Advance Directives* en los ordenamientos jurídicos que no las contemplan con el ilegítimo argumento de la previsión legal

58 Congreso de Colombia, Ley 23 de 1981, 3.

59 Colombia, Congreso de la República. Ley 23 de 1981 (febrero 18), *Diario Oficial* 35.711, 27 de febrero de 1981.

de testamento como una forma de disposición de todo o parte de los bienes de un causante para que tenga pleno efecto después del fallecimiento. Es evidentemente equivocado relacionar las *Advance Directives* con la institución del testamento, como también con el de testamento biológico, debido a que las primeras existen en vida de la persona incapaz para la protección y la continuación de su personalidad jurídica; en cambio, el testamento es una institución que presupone la inexistencia de personalidad jurídica.

No obstante lo anterior, por parte de algunos juristas y en algunas legislaciones no se ha encontrado mejor denominación a la de testamento biológico, inexactitud causada por la ausencia de legislación uniforme, acompañada por el intento de imitar y traducir las legislaciones foráneas existentes, generando problemáticas en torno a la denominación y al contenido de las declaraciones anticipadas de tratamiento médico [...]⁶⁰.

Ahora bien, como la validez y efectos de las disposiciones sobre el tema que se han denominado *testamento vital* giran en torno a las diferentes concepciones y ponderación social sobre la dignidad, es preciso entender que dicha concepción es diferente en países de tradición del “*civil law*”, frente a países de tradición o con influencia en el “*common law*”. En el sistema europeo, a diferencia del estadounidense, en el que sencillamente domina el criterio de la autodeterminación, el cuadro de referencia es mucho más complejo y articulado. Las cuestiones de bioética correspondientes a la prerrogativa sobre la propia vida no se remiten a la exclusiva voluntad del interesado, sino que esta es acompañada y algunas veces subordinada a una serie de principios, entre los cuales está el de solidaridad, sobre todo el de dignidad humana, que en Europa es el principio cardinal sobre bioética y por ende el plano de la voluntad del individuo se asienta en segundo plano. El entendimiento europeo de este principio termina siendo un deber, una obligación del individuo y no precisamente un derecho; es orientadora de un comportamiento, que —en nombre de la misma dignidad— es impuesto al sujeto interesado, quien no puede efectuar ciertas conductas propiamente en nombre de su dignidad. En cambio, en “el sistema norteamericano el individuo, siendo la dignidad un derecho, puede inclusive tener el derecho de abortar, de morir y de

60 Francesco Zappalá, *Advance Directives: Declaraciones anticipadas de tratamiento médico o mal denominado testamento biológico*, *Criterio Jurídico* 8, n.º 1 (2008): 247-248.

rechazar tratamientos médicos, si resulta más digno para este, por cuanto nadie decide qué es digno para él”⁶¹.

La tradición colombiana se apega más, en temas como este, a los principios y valores europeos, de donde deviene una inmensa influencia en materia jurídica, y como las normas del “testamento vital” tienen su nacimiento y formación en países del *common law*, no es sencillo regularlo, pues las fuentes que lo contienen en ese sistema jurídico, al aplicarlas al nuestro, se tienden a confundir con las que regulan (1) el testamento, así como (2) las que se refieren a prácticas eutanásicas, estas últimas en gran medida prohibidas en países con influencia europea.

En nuestro medio, a pesar de existir escasa regulación sobre los temas estudiados en este documento, el desarrollo de las declaraciones anticipadas o testamento vital, se ha puesto en evidencia preponderantemente por exigencias del juez constitucional, el que a través de fallos de acciones de tutela ya mencionadas, ha venido exigiendo del Estado la regulación de protocolos y reglamentaciones tendientes a establecer un procedimiento claro con respecto al derecho a morir dignamente, o tratamientos paliativos en enfermedades terminales, pero casi nada se ha tratado sobre aspectos como el de las directivas médicas anticipadas en casos diferentes a enfermedades terminales y exequias, entre otros.

Comoquiera que el tema es extenso, solo haré referencia a algunos aspectos suscitados recientemente en el país y que merecen la atención para evidenciar la falta de uniformidad sobre el tema tratado.

Del tratamiento jurisprudencial (eutanasia)

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-239 de 1997, al analizar la constitucionalidad del artículo del Código Penal en que se abordaba el homicidio por piedad, tocó el tema del consentimiento informado del paciente terminal y los tratamientos paliativos. Para ello, en primer lugar, analizó la vida en dos sentidos, en primer lugar, como fundamento de los demás derechos y, en segundo lugar, las diferentes concepciones religiosas en torno a la vida: aquella que lo concibe como algo sagrado y aquella que, si bien la considera importante, pero no sagrada. De estas dos posturas se derivan consecuencias diferentes frente a si se debe conservar la vida en toda circunstancia. A continuación, la Corte analiza

.....
61 *Ibidem*.

el artículo 1 de la Constitución, para rescatar la dignidad humana como valor supremo y presupuesto de los derechos y garantías constitucionales, que incluye el respeto máximo al libre desarrollo de la personalidad. A continuación, la Corte afirma que el artículo 1 debe armonizarse con el 95, que consagra la solidaridad como postulado del Estado colombiano. Esta solidaridad incluye el socorrer a quienes se encuentran en una situación de necesidad.

Más adelante, la Corte considera que, en un Estado como el colombiano, no puede imponerse la visión que sacraliza y la vida que se protege es aquella que se puede mantener en condiciones de dignidad. Luego, el Estado está llamado a proteger la vida, pero en condiciones de dignidad y libre desarrollo de la personalidad. Para luego afirmar de manera determinante que:

Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. [...] El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (cp art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto⁶².

A reglón seguido, la Corte considera que los enfermos terminales deben recibir del Estado todas las posibilidades para que sigan viviendo, lo que incluye dar cuidados paliativos y, además, instó para que se regulara el consentimiento y la concesión de cuidados paliativos, teniendo en cuenta:

1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir.
2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso.
3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma

62 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-239 de 1997, Ref. Exp. D-1490. M. P. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, Sala Plena, 20 de mayo de 1997, 25-33.

como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.

4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico.
5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones. [...] ⁶³.

Por otra parte, la misma corporación en relación con las declaraciones anticipadas, mediante la Sentencia C-233 de 2014, al resolver las objeciones presidenciales al Proyecto de Ley Consuelo Devis Saavedra, se pronunció estableciendo los elementos que debía contener la regulación de la materia. La Corte Constitucional en esta sentencia manifiesta que el otorgamiento de la voluntad anticipada en ningún caso constituye una autorización para la realización de la eutanasia. Así, en este contexto, la Corte define la voluntad anticipada como:

[...] el conjunto de preferencias que una persona tiene respecto del cuidado futuro de su salud, de su cuerpo y de su vida, la cual se suscribe de manera libre e informada, en pleno uso de sus facultades mentales y como previsión de no poder tomar tal decisión en el futuro, debido a un suceso que le deje incapacitada para expresar tal intención. A su vez, esta declaración, incorpora sus valores, su entorno cultural, sus creencias religiosas y su ideología ⁶⁴.

En relación con el cumplimiento de la declaración de voluntad anticipada, precisó cómo el hecho de que exista una declaración de voluntad anticipada facilita a la familia y al cuerpo médico la toma de decisiones vinculadas con la prolongación de la vida de manera indigna ⁶⁵.

63 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-239 de 1997, Ref. Exp. D-1490. M. P. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, Sala Plena, 20 de mayo de 1997, 25-33.

64 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-233 de 2014, Expediente 06 145, M. P. Alberto Rojas Ríos, Bogotá, Sala Plena, 2014, 62-72, 74.

65 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-233/14, Expediente 06 145, M. P. Alberto Rojas Ríos, Bogotá, Sala Plena, 2014, 62-72, 74.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-970 de 2014⁶⁶ le ordenó al Gobierno nacional que expidiera una regulación que contuviera un protocolo para garantizar el derecho a morir dignamente.

Del cumplimiento de órdenes por parte del Gobierno nacional

Con fundamento en las sentencias reseñadas y debido a órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-970 de 2014 al Gobierno nacional para regular situaciones como las anotadas en las sentencias a que se contrae el punto anterior, se han expedido las siguientes normas:

Resolución 1216 de 2015

El ministro de Salud y Protección Social expidió la Resolución 1216 del 20 de abril de 2015, en la que en su artículo 15, al regular el procedimiento para morir con dignidad, confunde lamentablemente las prácticas eutanásicas con las disposiciones anticipadas o testamento vital, con lo que, en concepto del autor de este artículo, desatiende la orden impartida por la Honorable Corte Constitucional, dado que esta corporación en la sentencia que se transcribió parcialmente en el punto anterior, deja claro, como lo hace el artículo 60 del CC y CN argentino, que existe una diferencia entre la eutanasia y negarse a recibir un tratamiento determinado, habiendo adoptado dicha decisión con anticipación en documento especial, si de ello se puede generar la muerte natural del paciente, debido a su problema o enfermedad terminal, no es disponer de la vida misma y por ende no es una práctica eutanásica, dado que la muerte llegará siempre por medios naturales y por ello se recomiendan tratamientos paliativos.

Cosa diferente es lo que indica el artículo 15 de la Resolución 1216 del 20 de abril de 2015, a saber:

66 En la parte resolutive, la Corte dispuso: Cuarto: ordenar al Ministerio de Salud que en el término de 30 días, contados a partir de la comunicación de esta providencia, emita una directriz y disponga todo lo necesario para que los hospitales, clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata esta sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión. De igual manera, el ministerio deberá sugerir a los médicos un protocolo médico que será discutido por expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-970 de 2014, Referencia: Expediente T-4.067.849, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, Sala Novena de Revisión, 2014.

Artículo 15. De la solicitud del derecho fundamental a morir con dignidad. La persona mayor de edad que considere que se encuentran las condiciones previstas en la Sentencia T- 970 de 2014, podrá solicitar el procedimiento a morir con dignidad ante su médico tratante quien valorará la condición de enfermedad terminal.

El consentimiento debe ser expresado de manera libre, informada e inequívoca para que se aplique el procedimiento para garantizar su derecho a morir con dignidad. El consentimiento puede ser previo a la enfermedad terminal cuando el paciente haya manifestado, antes de la misma, su voluntad en tal sentido. Los documentos de voluntades anticipadas o testamento vital, para el caso en particular, se consideran manifestaciones válidas de consentimiento y deberán ser respetadas como tales.

En caso de que la persona mayor de edad se encuentre en incapacidad legal o bajo la existencia de circunstancias que le impidan manifestar su voluntad, dicha solicitud deberá ser presentada por quienes estén legitimados para dar el consentimiento sustituto, siempre y cuando la voluntad del paciente haya sido expresada previamente mediante un documento de voluntad anticipada o testamento vital y requiriéndose, por parte de los familiares, que igualmente se deje constancia escrita de tal voluntad.

Parágrafo. Al momento de recibir la solicitud, el médico tratante deberá reiterar o poner en conocimiento del paciente y/o sus familiares, el derecho que tiene recibir cuidados paliativos como tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, según lo contemplado en la Ley 1733 de 2014⁶⁷.

Como puede observarse en la norma transcrita, se liga el derecho a solicitar el “procedimiento” para morir con dignidad, con los documentos de voluntades anticipadas o testamento vital. Si se tiene en cuenta que la Sentencia T-970 de 2014 pretendió resolver un problema originado en la aplicación de la eutanasia o interrupción de la vida, por parte de una entidad promotora de salud o EPS, la que se negó a practicarla y como consecuencia de ello el paciente falleció durante el trámite de dicha acción. Si se analizan con detenimiento las funciones del Comité Interdisciplinario que debe autorizar el procedimiento y en particular el numeral 7.2 del artículo 7 de la Resolución 1216 de 2015, se tiene que:

Artículo 7. Funciones. Cada comité tendrá las siguientes funciones:

[...]

67 Ministerio de Salud y Protección Social, “Resolución 1216 de 2015: Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la Sentencia T-970 de 2014 de la honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad”, *Diario Oficial* 49.489, 21 de abril de 2015, 7.

•El testamento vital: protección de personas a través de declaraciones anticipadas•

7.2. Ordenar a la institución responsable del paciente, la designación, en un término máximo de 24 horas, de un médico no objetor cuando se presentó objeción por parte del médico que debe practicar el procedimiento que anticipar la muerte en forma digna en un enfermo terminal.

[...]

7.6. Suspender el procedimiento que anticipar la muerte para morir con dignidad en caso de detectar alguna irregularidad y poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de una falta o de un delito, si a ello hubiere lugar [...]⁶⁸.

Resolución 1051 de 2016

El Ministerio de Salud y Protección Social, el 1.º de abril de 2016, expidió la Resolución 1051 por medio de la cual reglamentó el artículo 5 de la Ley 1733 de 2014 en cuanto al derecho a suscribir el documento de voluntad anticipada como manifestación de la autonomía de la persona. En dicha resolución se indica que el objeto de ella es:

Artículo 1. Objeto.

La presente resolución tiene por objeto regular los requisitos y formas de realización de la declaración de la voluntad de cualquier persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales y con total conocimiento de las implicaciones de esa declaración, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos innecesarios que pretendan prolongar su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y garantizar el cumplimiento de dicha voluntad.

Parágrafo. El Documento de Voluntad Anticipada garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía de la persona que lo suscriba y que posteriormente se encuentre, por diversas circunstancias y en determinado momento, en imposibilidad de manifestar su voluntad. En todo caso, no suplanta la posibilidad de decidir y expresar su consentimiento actual en el proceso de atención si es capaz y está en pleno uso de sus facultades legales y mentales⁶⁹.

.....
68 *Ibidem*, 3.

69 Ministerio de Salud y Protección Social "Resolución 1051 de 2016 establece los requisitos y formas de realización de la formalidad de declaración voluntaria anticipada", *Diario Oficial* 49.831, 1.º de abril de 2016, 1.

Si bien con la Resolución 1216 de 2015, a diferencia de las normas que existen en otros países, como ya se indicó, en la resolución que se comenta, en Colombia las directivas médicas anticipadas o testamento vital, se ligó con una práctica eutanásica, activa, pues existe un claro procedimiento para anticipar la muerte en casos de enfermos terminales y previa verificación de los requisitos exigidos en la Sentencia T-970 de 2014, así como del trámite a que se refiere la resolución.

Este enfoque dado a las directivas médicas es bien limitado, pues lo que se ha llamado, bien o mal, testamento vital, comprende una serie de disposiciones de diferente o variada naturaleza, que, como se ha afirmado, van desde prever anticipadamente el retiro o no práctica de un tratamiento, hasta la posibilidad de determinar las exequias, pasando por la posibilidad de donar órganos o ser parte de experimentos científicos que busquen mejorar la salud del paciente terminal.

No obstante lo anterior, con la Resolución 1051 de 2016 se reguló de manera más idónea, aunque limitada, el derecho del paciente a la declaración anticipada o testamento vital, pues, como quedó transcrito, el objeto principal de dicha norma no se centró en la posibilidad de aplicar medios para acelerar la muerte, sino la determinación del sujeto protegible como paciente para negarse a ser sometido a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos innecesarios que pretendan prolongar su vida, proteger en todo momento la dignidad de la persona y garantizar el cumplimiento de dicha voluntad y permitir que, en este orden de ideas, la muerte llegue por medios naturales.

Es así como dicha voluntad ha de constar, según el artículo 2 de la resolución en comento, en documento en el que

toda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, declara, de forma libre, consciente e informada su voluntad de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos innecesarios, que pretendan prolongar su vida. Dicha manifestación se deberá extender ante la autoridad que dé fe pública⁷⁰.

Dicho documento, que deberá otorgarse ante notario público (art. 4) pudiendo hacerse ante testigos, como se indicó, podrá ser firmado por toda persona que, siendo mayor de edad, sea capaz, esté sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las

70 *Ibíd.*, 2.

•El testamento vital: protección de personas a través de declaraciones anticipadas•

implicaciones que acarrea la suscripción de dicho documento (art. 3). “De la misma manera en dicha declaración puede el declarante determinar su voluntad de no donar sus órganos, pues en Colombia por virtud de la Ley 1805 del 2016”⁷¹,

existe amplia presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento⁷². (Art. 2)

Si durante la vida, la persona expresa su voluntad de donación, dicha voluntad solo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares. (Art. 2, par. 1)

Dicha manifestación, según lo indicado en el artículo 4 de la citada ley, se ejerce mediante la presentación de documento escrito autenticado o reconocido ante notario público radicado ante el Instituto Nacional de Salud o ante la EPS en el momento de su afiliación la que debe informar al Instituto Nacional de Salud.

No obstante, el positivo esfuerzo en regular las declaraciones anticipadas para proteger a las personas en condiciones especiales de salud, coincidimos con las indicaciones que presentan Bolívar y Gómez, quienes indican:

[...] dado que se obliga a que el documento de voluntad anticipada sea reconocido ante notario y la resolución no hace precisiones sobre el procedimiento, probablemente requerirá de una declaración extrajuicio. Entonces como acto notarial y documento público, podrá ser consultada, dicha voluntad, por cualquier ciudadano. Este aspecto vulnera el derecho a la protección de datos reglamentado por la Ley Estatutaria 1581 de 2012 de protección de datos personales y su Decreto Reglamentario 1377 de 2013, así como la jurisprudencia y regulación del sector, que en el caso de los datos de salud —dado su carácter sensible— requiere un tratamiento restringido. Adicionalmente, aísla la voluntad anticipada de la regulación sobre documentación clínica contrario a lo que ocurre en el contexto internacional y también desconoce el postulado de la buena fe de las actuaciones de los particulares y establece requisitos para ejercer un derecho. Se contrapone al espíritu de la política de la Ley 1474 de 2011, antitramites,

71 Congreso de Colombia, “Ley 1805 de 2016 por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 49.955, 4 de agosto de 2016.

72 Congreso de Colombia, “Ley 1805 de 2016 por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 49.955, 4 de agosto de 2016.

así como al Decreto 19 de 2012 en el que se eliminan autenticaciones y reconocimientos en beneficio de autonomía de la voluntad del ciudadano [...]⁷³.

Las limitaciones y problemas comentados permiten indicar que, si bien se protege al paciente en cuanto a la validez de la declaración de voluntad anticipada, se termina por restringir dicha voluntad solo a ciertos aspectos, pues deja por fuera, como sí se tiene en cuenta en la comunidad internacional y en particular en Argentina, como la designación de sustituto que exprese dicho consentimiento, para las exequias y destinación del cadáver, protección de datos, entre otros aspectos.

Conclusiones

La transmisión de los derechos por muerte que regula el Código Civil de la nación argentina (derogado) en los artículos 3279 y siguientes, ya sea a título universal o testamentaria o al régimen de los legados, se refiere a bienes y derechos que tengan un contenido patrimonial y no a derechos personalísimos que son intransferibles; mientras que el llamado testamento vital tiene un contenido personalísimo que se ata a aspectos tales como la dignidad, no susceptibles de apropiación o no susceptibles de transmisión por causa de muerte a la manera de testamento. La institución del testamento es tratada en los nuevos CC y CN en los artículos 2277 y siguientes. En las dos normatividades citadas, la sucesión por testamento se somete a solemnidades, mientras que las voluntades del testamento vital deben otorgarse por escrito, de manera clara e informada, sin más solemnidades, lo que favorece a los sujetos protegibles como son los pacientes en determinados estados de salud.

El testamento vital es

el documento en el que una persona manifiesta los tratamientos que desea recibir o rechazar para cuando haya perdido la capacidad de expresarse por sí misma y decide el destino de su cuerpo, de sus órganos o la manera como debe efectuarse sus exequias tras su fallecimiento⁷⁴.

Los médicos suelen definirlo como:

73 Piedad Lucía Bolívar Góez y Ana Isabel Gómez Córdoba, "Cartas al editor, voluntades anticipadas en Colombia a partir de la Resolución 1051", *Revista Latinoamericana de Bioética*, 1, n.º 1 (2016): 226.

74 Quijada-González y Tomás y Garrido, *Testamento vital*.

[...] un documento legal que permite a los pacientes registrar sus deseos en relación con el tratamiento al final de su vida si se encuentran en una situación en que no puedan expresarlos por sí mismos. Ello brinda a los pacientes la oportunidad de participar en el proceso de toma de decisiones⁷⁵.

El testamento vital contiene aspectos que no conllevan necesariamente a la muerte del paciente, pues es perfectamente viable, aunque excepcional, que este sobreviva a los tratamientos experimentales especificados en el documento o que desee no se le practiquen; pero también, comprende casos, tal vez los más comunes, en los que el paciente no sobrevive al tratamiento y la muerte deviene fatalmente por su estado terminal de salud. En estos últimos eventos el testamento vital cobra efectos para después de sus días o al menos tiene incidencia directa en el fallecimiento del paciente y disponente y por ende nada impediría que una de sus cláusulas fuera incorporada en el cuerpo de un testamento otorgado para transferir derechos patrimoniales.

- La determinación de exequias a que se refiere el artículo 61 del CC y CN, de la nación argentina, debe incluirse dentro de la concepción amplia del testamento vital, pues la razón de fondo, esto es, la transferencia de un derecho personalísimo de convicción o cultura como es la realización de sus exequias, que conlleva la disposición final del cadáver completo o no, no contemplan grandes diferencias con otras disposiciones, como la de donación de órganos.
- El estudio e institucionalización del “testamento vital” en legislaciones latinas ha planteado algunos problemas en su regulación pues en nuestras legislaciones, como regla general, con algunas excepciones, la dignidad tiene connotaciones de deber solidario y en ellas, “el derecho a la dignidad ha sido difícil de materializar, en parte por caer en la abstracción de su concepto, o por no ver su alcance en la práctica o, finalmente, por exigir pruebas difíciles de cumplir”⁷⁶.
- Las disposiciones anticipadas o testamento vital constituyen una institución diferente a la práctica eutanásica, dado que en el testamento final no

75 Sloan Beth Karver y Jessalyn Berger, “La importancia del testamento vital en pacientes con insuficiencia cardíaca”, *Revista Española Cardiología*, 63, n.º 12 (2010): 1396.

76 Viviana Bohórquez Monsalve y Javier Aguirre Román, “Mujeres y dignidad humana. Antecedentes en el Sistema Interamericano y en el Derecho constitucional de Colombia”, *Reflexión Política*, 12, n.º 23 (junio de 2010): 138-150.

es posible en la legislación argentina, so pena de tenerse por no escrita, plasmar la voluntad de anticipar la muerte a través de un procedimiento, lo que es diferente a abstenerse de recibir un tratamiento específico, pues en este último caso la muerte llega por su vía natural debido al grave estado de salud del paciente, pero jamás anticipándola.

Como se puede advertir fácilmente, los testamentos vitales en modo alguno se pueden orientar como disposiciones de última voluntad, toda vez que precisamente se indican en los mismos, es más, esa es la única finalidad que tienen, de cuáles maneras, de qué modo y cuáles realizaciones habrán de tener que realizarse o abstenerse aquellos que estén manipulando los confines de la vida, pero vida al fin⁷⁷.

- En la reglamentación colombiana por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Resolución 1216 de 20 de abril de 2015, se asimiló la práctica eutanásica como una modalidad de testamento vital, al permitirse al paciente terminal o a sus allegados, en documento destinado a tal fin, emitir la voluntad de aplicar un procedimiento para anticipar la muerte, denominando a dicho documento como testamento vital, según ha quedado indicado. No existe, en definitiva, un deber de intervención frente a quien desea morir si esta persona es responsable de sus actos⁷⁸.
- De la misma manera, el Ministerio de Salud y Protección Social, con la Resolución 1051 de 2016, reguló de manera más idónea, aunque limitada, el derecho del paciente a la declaración anticipada o testamento vital, pues, como quedó transcrito, el objeto principal de dicha norma no se centró en la posibilidad de aplicar medios para acelerar la muerte, sino, la determinación del sujeto protegible como paciente para negarse a ser sometido a tratamientos médicos innecesarios que pretendan prolongar su vida, reconociendo su dignidad y el cumplimiento de dicha voluntad y permitiendo que, en este orden de ideas, la muerte llegue por medios naturales.
- No obstante, con la Resolución 1051 de 2016, si bien se protegió a los pacientes que emitieran su voluntad anticipada, esta reglamentación se

77 Armando Andruet, "Breve exégesis del llamado testamento vital", *Derecho y Salud*, 1, n.º 2 (2002): 183-196.

78 Miguel Ángel Muñoz Paz, *Interrupción voluntaria de la vida humana*, 1.ª ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016).

efectuó con criterio limitado, pues si bien se protege al paciente en cuanto a la validez de la declaración de voluntad anticipada, se termina por restringir dicha voluntad solo a ciertos aspectos, pues deja por fuera, como sí se tiene en cuenta en la comunidad internacional y en particular en la Argentina, la posibilidad de designación de sustituto que exprese dicho consentimiento, la declaración para las exequias y la destinación del cadáver, protección de datos y limita la voluntad anticipada a los menores que se consideran adultos por la legislación, para la determinación y realización de algunos actos de su vida.

Anexo normativo

Debido a que este capítulo es publicado por una editorial colombiana, se considera prudente transcribir los artículos de las normas argentinas citadas que no fueron mencionadas en nota al pie, particularmente de los Códigos argentinos civil (vigente hasta 2015) y el Código Civil y Comercial de la nación (actualmente vigente):

Código Civil (vigente hasta 2015)

Artículo 3639: el testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido.

Artículo 3654: el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar. Es de anotar que el artículo 3651 *ibídem*, prohíbe al sordo, el mudo y el sordomudo, testar por acto público.

Artículo 3665: el que no sabe leer no puede otorgar testamento cerrado.

Artículo 3666: el testamento cerrado debe ser firmado por el testador. El pliego que lo contenga debe entregarse a un escribano público, en presencia de cinco testigos residentes en el lugar, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento. El escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo y por los que no puedan los otros a su ruego; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiese hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o alguno

de los testigos. El escribano debe expresar al extender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como también el lugar, día, mes y año en que el acto pasa.

Artículo 3672: en tiempo de guerra los militares que se hallen en una expedición militar o en una plaza sitiada o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la república y asimismo, los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga a lo menos el grado de capitán o ante un intendente del ejército o ante el auditor general y dos testigos. El testamento debe designar el lugar y la fecha en que se hace.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CC y CN), vigente desde el 1.º de enero de 2016:

Artículo 17. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Artículo 55. Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

Artículo 56. Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido y es libremente revocable.

Artículo 58. Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no

están comprobadas científicamente, solo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:

- a. describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación;
- b. ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas;
- c. contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación;
- d. contar con la autorización previa del organismo público correspondiente;
- e. estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;
- f. contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;
- g. no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;
- h. resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal;
- i. asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida;
- j. asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.

Artículo 59. Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

- a. su estado de salud;

- b. el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c. los beneficios esperados del procedimiento;
- d. los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e. la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f. las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g. en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría o produzcan sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
- h. el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Artículo 60. Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que

han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

Artículo 61. Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada o esta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

Artículo 2465. Expresión personal de la voluntad del testador. Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador y bastarse a sí mismas. La facultad de testar es indelegable. Las disposiciones testamentarias no pueden dejarse al arbitrio de un tercero. No es válido el testamento otorgado conjuntamente por dos o más personas.

Artículo 2473. Requisitos formales. El testamento puede otorgarse solo en alguna de las formas previstas en este Código. Las formalidades determinadas por la ley para una clase de testamento no pueden extenderse a las de otra especie.

La observancia de las solemnidades impuestas debe resultar del mismo testamento, sin que se pueda suplir por prueba alguna.

Artículo 2474. Sanción por inobservancia de las formas. La inobservancia de las formas requeridas para otorgar el testamento causa su nulidad total; pero, satisfechas las formas legales, la nulidad de una o de varias cláusulas no perjudica las restantes partes del acto. El empleo de formalidades sobreabundantes no vicia el testamento.

Artículo 2477. Requisitos. El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta.

La firma debe estar después de las disposiciones y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella.

El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no es válido si aquel le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público. Los agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, solo si han sido hechos por orden o con consentimiento del testador.

Artículo 2479. Requisitos. El testamento por acto público se otorga mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyo nombre y domicilio se deben consignar en la escritura.

El testador puede dar al escribano sus disposiciones ya escritas o solo darle por escrito o verbalmente las que el testamento debe contener para que las redacte en la forma ordinaria. En ningún caso las instrucciones escritas pueden ser invocadas contra el contenido de la escritura pública.

Concluida la redacción del testamento, se procede a su lectura y firma por los testigos y el testador. Los testigos deben asistir desde el comienzo hasta el fin del acto sin interrupción, lo que debe hacer constar el escribano.

A esta clase de testamento se aplican las disposiciones de los artículos 299 y siguientes.

Referencias

- Andruet, Armando S. "Breve exégesis del llamado testamento vital". *Derecho y Salud* 1, n.º 2 (2002): 183-196.
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal. IV Legislatura. Decreto por el que se expide la ley de voluntad anticipada para el distrito federal; se adiciona el Código Penal para el distrito federal y se adiciona la ley de salud para el distrito federal. Ciudad de México, 2008. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-077346ece61525438e126242a37d313e.pdf>
- Bohórquez Monsalve, Viviana y Javier Aguirre Román. "Mujeres y dignidad humana. Antecedentes en el Sistema Interamericano y en el derecho constitucional de Colombia". *Reflexión Política* 12, n.º 23 (junio, 2010): 138-150.
- Bolívar Góez, Piedad Lucía y Ana Isabel Gómez Córdoba. "Cartas al editor, voluntades anticipadas en Colombia a partir de la Resolución 1051". *Revista Latinoamericana de Bioética* 1, n.º 1 (2016): 225-227.
- Brandi Taiana, Maritel M. *Apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en el derecho argentino*. Buenos Aires: Astrea, 2004. <http://vlex.com/vid/26542387>
- Bueres Alberto J., dir. *Código Civil y Comercial de la nación, analizado, comparado, y concordado*, 5.ª reimpresión, tomo 1, Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

•El testamento vital: protección de personas a través de declaraciones anticipadas•

Congreso de Colombia. “Ley 23 de 1981 por la cual se dictan normas en materia de ética médica”. *Diario Oficial* 35.711, 1981.

Congreso de Colombia. “Ley 1805 de 2016 por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial* 49.955, 2016.

Cornet, Manuel. “Disposiciones para la propia incapacidad o testamento vital”. *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Año académico 2007-2008. Tomo XI. Córdoba: Alveroni Libros Jurídicos, 2011.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-239/97, Referencia: Expediente D-1490, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, Sala Plena, 1997.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-233/14. Expediente: og-145 objeciones gubernamentales al Proyecto de Ley 138 de 2010. M. P. Alberto Rojas Ríos, Bogotá, Sala Plena, 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 970/14 Referencia Expediente T 4-067.849 M. P. Ernesto Vargas Silva. Bogotá, Sala Novena de Revisión, 2014.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Cruzan v. director, Missouri Department of Health. 497 U.S. 261, 1990.

Corte Suprema de Provincia de Buenos Aires. Sentencia caso causa C 85627, Buenos Aires, Argentina, 2005. <http://vlex.com/vid/36910459>

De Brandi Taiana y Luís Llorens. *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*. Buenos Aires: Astrea, 1996.

Hiruela, Omar y María del Pilar Hiruela de Fernández. “El denominado ‘testamento vital’ y el derecho a morir con dignidad”. *Jurisprudencia Argentina* 4, n.º 5 (2004): 20-30.

Hooft, Pedro Federico y Jorge Luis Manzini. “El Caso Cruzan: ¿Eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico? (El estado vegetativo persistente y los tratamientos de soporte vital: Interrogantes éticos y jurídicos)”. *El Derecho* 30, n.º 8135 (1992): 1-5.

Kraut, Alfredo Jorge. *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

López Mesa, Marcelo. “Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado”. *Tratado de responsabilidad médica: responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, P. Le Tourneau, 1.ª edición. Buenos Aires: Legis, 2007.

Marcos del Cano, Ana María, coord. *Voluntades anticipadas*, 1.ª edición. Madrid: Dykinson SL., 2014.

Martín, María José. “Último deseo: ‘testamento vital’”. *Escritura Pública*, 15 (2002): 46-48.

Martínez Maroto, Antonio. “Testamento vital”. *Revista Sesenta y Más, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 227 (mayo de 2004): 46-51.

- Ministerio de Salud y Protección Social. “Resolución 1216 de 2015 Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la Sentencia T-970 de 2014 de la honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad”. *Diario Oficial* 49.489, 2015.
- Ministerio de Salud y Protección Social. “Resolución 1051 de 2016 establece los requisitos y formas de realización de la formalidad de declaración voluntaria anticipada”. *Diario Oficial* 49.831, 2016.
- Muñoz Paz, Miguel Ángel. *Interrupción voluntaria de la vida humana*, 1.^a edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
- Niño, Luis Fernando. “Eutanasia y suicidio asistido”. En *Responsabilidad profesional de los médicos*, coordinado por O. Garay, 1124. Buenos Aires: La Ley, 2002.
- Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: Ley 26.994. <http://www.colaboradorjudicial.com.ar/images/CHARLAS/26994.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. “Decreto 3380 de 1981 por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981”. *Diario Oficial* 36.914, 1981.
- Quijada-González, Cristina y Gloria María Tomás y Garrido G. “Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado”. *Persona y Bioética*, 18 n.º 2 (2014): 138-152.
- Requero Ibáñez, José Luis. La influencia del consentimiento informado. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ponencia del curso: La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, 319-417. España, Consejo General del Poder Judicial: 2002.
- Samper Polo, Francisco. *Instituciones jurídicas de Gayo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- Sloan Beth Karver y Jessalyn Berger. La importancia del testamento vital en pacientes con insuficiencia cardíaca. *Revista Española Cardiología* 63, n.º 12 (2010): 1396-1398.
- Taiana de Brandi, Nelly Luis, Llorens y Luis Rogelio. *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- Thorne, Roger. *Poder duradero para atención médica en California*. <https://legalbeagle.com/6054003-durable-attorney-health-care-california.html>
- Zannoni, Eduardo, Marina Mariani de Vidal, Jorge Oswaldo Zunino, Fernando Shina y Gloria Ramos. *Código Civil y Comercial, concordado con el régimen derogado, y referenciado con legislación vigente*, 1.^a edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015.
- Zappalá, Francesco. “Advance Directives: declaraciones anticipadas de tratamiento médico o mal denominado testamento biológico”. *Criterio Jurídico*, 8, n.º 1 (2008): 244-266.

TERCERA PARTE
LOS NUEVOS SUJETOS DE DERECHO



SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN SU PAPEL EN LA FAMILIA: UN ESTUDIO PRELIMINAR DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA Y ESPAÑA

Sandra Milena Daza Coronado¹

Introducción

Ante la búsqueda y construcción casuística de un sistema de protección, desempeña un papel relevante la posición que mantienen los altos tribunales constitucionales en el desarrollo de toda una doctrina jurisprudencial, en aras de garantizar derechos fundamentales y resolución de los conflictos de estos y las libertades que enmarca la naturaleza constitucional de su jurisdicción.

La familia contempla por sí misma un radio de acción de gran importancia, que no puede ser etéreo ante la normatividad constitucional de cualquier Estado social de derecho, y más aún cuando se cuenta con la supremacía de la

¹ Abogada especialista en Derecho de Familia, magíster en Derecho (perfil investigativo) y doctora en Derecho, por la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Docencia y Pedagogía Universitaria por la Universidad La Gran Colombia. Docente e investigadora universitaria desde 2003, en distintas universidades como la Universidad Nacional de Colombia, Universidad de San Buenaventura (sede Bogotá), Universidad Católica de Colombia, Universidad La Gran Colombia, entre otras, impartiendo las cátedras de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, y Sucesiones. Dentro de sus publicaciones se destacan: *Derecho de familia colombiano*; *Mujer, familia y sociedad, hacia un nuevo derecho en Colombia*; *El concepto de patrimonio y su aplicación en España*; *El consentimiento informado y el deber del paciente en España*; *El papel de la mujer en la familia un desafío constitucional*; *El derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo* y *Lecciones de derecho de familia*; su tesis doctoral: *La mujer como sujeto de especial protección constitucional en la elección a la maternidad subrogada en Colombia*. smdazac@unal.edu.co

Constitución que ante sus ojos de norma de normas es el respaldo para que cualquier ley u otra norma jurídica no sea incompatible con lo preceptuado en ella².

En el caso colombiano, con su prominente constitución de esencia democrática, que además de resguardar los derechos de los ciudadanos, es modelo de cambios constitucionales que trae el nuevo constitucionalismo en búsqueda de estrechar la relación aislada entre el derecho y la sociedad, en especial, hurgar en el derecho familiar regido por las normas contenidas en el longevo Código Civil³.

Entiéndase como radio de acción, la protección constitucional que recibe la familia no solo ante la simpleza de ser considerada una célula o un todo, sino ante la magnitud de una institución, es decir, que involucra a cada uno de sus integrantes, desde la singularidad de sí mismos hasta las relaciones entre sí, todo un entramado de las llamadas relaciones jurídico-familiares que conlleva todo ser humano por el hecho de existir y de ser persona⁴.

Por tanto, el derecho civil, que es el área del derecho en la que se ubica el derecho de familia, deja de ser impermeable al mandato constitucional, permitiendo con ello que el desarrollo legal y jurisprudencial sean concordantes con la protección ya no de la familia como un todo sino desde la persona como sujeto de derechos con especial protección constitucional⁵.

2 Constitución Política de Colombia (en adelante C. Pol./91), art. 1: "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". Constitución de España (en adelante CE/78), art. 1: "1. España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria". Art. 4 de la C. Pol./91: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

3 La Constitución Política de 1991, de esencia democrática, es considerada como el acta de nacimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano que abrió paso a los cambios constitucionales durante el inicio del siglo xxi. Rubén Martínez Dalmau y Roberto Viciano Pastor, "La Constitución democrática entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo". *Debates Constitucionales en Nuestra América. El Otro Derecho* (ILSA), n.º 48 (2013).

4 Sandra Milena Daza Coronado, *Derecho de familia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2014).

5 Tanto en Colombia como en España se carece dentro del ordenamiento jurídico de un Código de Familia, lo que hace que se ubique dicha disciplina en el derecho civil por cuanto las normas que la componen están contenidas en el Código Civil, pero no por ello son lo mismo, pues la diferencia entre ambas radica en el interés que cada una persigue; en el derecho de familia: el interés superior de la familia; mientras que en el derecho civil: la responsabilidad emanada de la voluntad de los particulares. Jorge Antonio Castillo Rugeles, *Derecho de familia*, 2.ª edición (Bogotá: Leyer, 2004).

Esto conlleva a que muchas de sus disposiciones contenidas no solo en el Código Civil, sino a lo largo del ordenamiento jurídico, se deroguen al ser examinadas mediante la demanda de inconstitucionalidad y acción de tutela, en el caso colombiano; y a través de los recursos de inconstitucionalidad y de amparo en el caso español, para garantizar o proteger los derechos fundamentales consagrados en la carta magna; principales competencias atribuidas por la Constitución a la Corte Constitucional de Colombia y al Tribunal Constitucional de España respectivamente⁶.

Lo anterior genera que las normas del derecho de familia sean objeto de constitucionalidad desde los principios constitucionales y derechos fundamentales con el fin de engranar la relación entre derecho y sociedad, como función no solamente garantista sino activa del Estado social y democrático de derecho; sin embargo, la diferencia entre ambos países radica en el legitimado para interponer la acción o recurso; en Colombia todo ciudadano en ejercicio y por el hecho de serlo puede hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad, a través de la presentación de una demanda de inconstitucionalidad contra toda norma con fuerza de ley, cuando considere que es contraria a la Constitución Política y mediante la acción de tutela en búsqueda de la protección inmediata y garantía de derechos fundamentales vulnerados, inclusive todos los días son hábiles para interponerla. En España son legitimados el presidente del Gobierno, el defensor del Pueblo, cincuenta diputados y cincuenta senadores, los órganos ejecutivos y legislativos de las comunidades autónomas; además con la limitante del tiempo para interponer el recurso de inconstitucionalidad que es en el plazo de tres meses a partir de la publicación oficial de la ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional; y la cuestión de inconstitucionalidad que también garantiza la supremacía de la Constitución, solo puede ser promovida, de oficio o a instancia de parte, por jueces y tribunales⁷.

6 En Colombia el Decreto 2591 de 1991: "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la C. Pol./91", y el artículo 241 de la C. Pol./91 modificado por Acto Legislativo 2 de 2015 contempla que: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución". En España: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España y el artículo 161 de la CE/78 indica: "1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley".

7 Así lo sostiene el Tribunal Constitucional Español en sentencia (STC 186 de 2013): "La conexión entre derechos fundamentales y principios rectores es algo común en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, al punto de que, en ocasiones, ha reforzado el canon del art. 24.1 de la CE/78 en cuanto a la exigencia de motivación

Frente al tema que centra nuestra atención, el amparo constitucional que recibe “la familia” permitirá que la fundamentación constitucional de esta se dé en aras de la protección y garantías de cada uno de los “sujetos de derecho” que la integran y su papel frente al ámbito del derecho privado. “Pues es de reconocer que el derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia”⁸; para “el goce de los derechos, un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original”⁹, es decir, pueden tratarse de nuevas normas permisivas o prohibiciones para el Estado.

Para ello, los diferentes derechos fundamentales de cada uno de sus titulares, se condicionan unos a otros, y la familia necesita, por su parte, de numerosos derechos fundamentales; significa, por ejemplo, una realización y protección de la personalidad y los individuos necesitan para el desarrollo de su personalidad, la posibilidad de formar un patrimonio; la constitución del patrimonio lleva a una mayor seguridad que a su vez fortalece el sentimiento de libertad y la libertad es una parte del desarrollo de la personalidad que presupone es irrenunciable en los más diferentes aspectos de la vida y una serie de otros derechos fundamentales y todos ellos se hallan, unos respecto de otros en una relación más o menos estrecha que se protegen y se fortalecen recíprocamente¹⁰.

Por tanto, el objetivo general es acentuar el papel que tienen los sujetos de derechos en la familia, que al ostentar cada uno de ellos una protección especial constitucional, constituyen cada uno sus fundamentos constitucionales, en tres grandes grupos: el primero, desde el interés superior de la familia, el segundo

de las resoluciones judiciales por el solo hecho de estar comprometido en el asunto algún principio rector de los enunciados en la Constitución. Esto es, una resolución que sería respetuosa con el art. 24.1 CE puede no serlo por no atender a la orientación que impone el principio rector en juego, y si esa proyección debía realizarse en relación a dicho artículo, con más razón había de tener lugar en cuanto a los derechos fundamentales sustantivos”.

8 Christian Courtis, “Los derechos sociales como derechos”, *Los derechos fundamentales. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* (Maipú, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto s. r. l., 2003, 2001).

9 Víctor Abramovich, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina”. Documento preparado para: *Derechos y desarrollo en América Latina: una reunión de trabajo* (Santiago de Chile: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2004), 19.

10 Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, traducido por Joaquín Brage Camazano (Madrid: Dykinson, S. L., 2003).

•Sujetos de especial protección en su papel en la familia•

según la naturaleza jurídica de la familia, y un tercer grupo desde el carácter genérico y omnicomprendivo de la familia.

Como punto de inflexión se propone a “los sujetos” desde el nuevo constitucionalismo o nuevo derecho, quienes fundamentan la protección constitucional de la familia, no son más que los derechos que el constituyente ha querido destacar como el carácter, idea de base o cimiento de un conjunto o sistema que reconoce y protege una constitución por entender que afectan a las dimensiones básicas y entrañables del ser humano, permitiendo el desarrollo de la personalidad de cada individuo y asegura la dignidad de la persona humana. Se refiere a ese conjunto de fundamentos constitucionales o derechos fundamentales como una denominación general que caracteriza la evolución social y política frente a un Estado social y democrático de derecho, indistintamente de la diversa, variada y ambivalente terminología que enseña el estudio de los derechos y libertades¹¹.

Desde el interés superior de la familia

El Estado colombiano a través de la Constitución Política de 1991, título I: “de los principios fundamentales” en su artículo 5 ampara a la familia como una institución básica de la sociedad y desde los derechos sociales, económicos y culturales, la considera el núcleo fundamental de la sociedad estipulando derechos básicos en el artículo 42; esto desencadena en el derecho de familia el subterfugio de conceptos y acepciones clásicos para delimitar el término de familia por el papel que desempeña en ella aquel sujeto de derechos reconocido protegido constitucionalmente.

Para el Estado español, la familia encabeza los principios rectores de la política social y económica en su artículo 39 y con respecto a los derechos y deberes fundamentales contemplados en la Constitución, serán los interpretados de

11 En el estudio de los derechos y libertades se utilizan en la doctrina distintas expresiones según su evolución: Derecho naturales, radica en la misma naturaleza humana e identifica con la historia la fundamentación iusnaturalista de los derechos, y su uso ha decaído. Derechos del hombre o de la persona se refiere al hombre como sujeto y eje de toda construcción de derechos humanos con una dimensión colectiva y coherente con la naturaleza social del hombre. Derechos humanos, como condición de toda sociedad justa que entre el pensamiento filosófico y político se sitúan entre la moral y el derecho, entre el ser y el deber ser, bajo el reconocimiento de documentos internacionales ratificados formalmente por el Estado. Derechos fundamentales entendidos como derechos positivados resultantes de un proceso histórico con fundamentación y significación filosófica, perfilan y precisan los derechos humanos dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Remedio Sánchez Ferriz, *Estudio sobre libertades* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995).

la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (art. 16.3), tratados, pactos (art. 10.1) y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2), los que también han sido ratificados por Colombia.

La familia como institución básica de la sociedad

La protección constitucional que recibe la familia en Colombia tiene como punto de partida el amparo que dispone el artículo 5, es decir que como fundamento preliminar la familia es pilar fundamental dentro de la organización estatal e institución básica e imprescindible de toda organización social como presupuesto de existencia y legitimidad de la organización sociopolítica del Estado, por tanto, obedece a una protección integral, económica, jurídica, social y estructural¹².

Protección económica, jurídica y social de la familia

La intención que trae consigo la institucionalización de la familia como institución social básica es el conducto entre la persona y el Estado que en términos de la Constitución española (art. 39), encabeza los principios rectores de la política social y económica que los poderes públicos deben asegurar, que además, tiene por objeto principal la familia como institución y con motivo de su concreto objeto de regulación, aluden a ella directa o indirectamente garantizar: a) en lo *social*, el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1) y encomienda a los poderes públicos la garantía del derecho que le asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral (art. 27.3); b) en lo *económico* prevé el derecho a los españoles a una remuneración suficiente derivada del trabajo para satisfacer las necesidades del propio sujeto y la de sus familiares (art. 35.1), “es de añadir que el art. 27 de la CE/78 garantiza el derecho a la educación y la enseñanza básica es

12 Este concepto de familia desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional colombiana se observa en varios pronunciamientos tales como C-241 de 2012 y la C-577 de 2011. Es de aclarar que el amparo constitucional presupone de protección integral, proyectando correlación con la protección que el constituyente quiso brindarle a la familia como institución y en cada uno de sus integrantes; así que dentro de los derechos, garantías y deberes prescritos en la constitución colombiana y española, se garantiza a “todas las personas su intimidad personal y familiar y a su buen nombre (art. 15 C. Pol., art. 18.1 CE/78)”; “que nadie puede ser molestado en su persona o familia (art. 28 C. Pol./91)”; “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE/78)”; “o su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (art. 33 C. Pol./91)” y que por el artículo 42 C. Pol./91 “el Estado y la sociedad garantizan la protección integral, la honra, la dignidad y la intimidad a la familia como núcleo fundamental de la sociedad”.

•Sujetos de especial protección en su papel en la familia•

obligatoria y gratuita para todos”¹³; y c) en lo *jurídico* atribuye competencia a la legislación civil la regulación de las relaciones jurídico-civiles relativas al matrimonio (art. 149.1.8A, 32, 47)¹⁴.

“La obligación a los poderes públicos de asumir una protección en estos tres aspectos, desde la doctrina jurisprudencial de la Corte Colombiana, se sustenta en: a) *social* en la medida que protege la intimidad y educación de sus miembros”¹⁵; b) *económica* se refiere a la protección al derecho al trabajo, servicios de seguridad social, salud y pensional; toda estabilidad laboral que los miembros de la familia requieren para su normal sostenimiento tanto personal como familiar. La estabilidad laboral reforzada como derecho fundamental se manifiesta ante situaciones de debilidad e impone una protección no solo urgente, sino definitiva, y para los sujetos de especial protección constitucional sea la condición o circunstancias físicas o psíquicas desfavorables en las que se encuentren, se les deberá amparar en su conjunto con los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y a la dignidad humana¹⁶. Fuera de los casos tradicionales es importante mencionar

13 Para esto los poderes públicos han de velar por la satisfacción de las necesidades de los individuos para lo cual se debe mantener un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad y desempleo, además de realizar políticas públicas de protección, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos psíquicos, sensoriales y físicos con ello se garantiza mediante pensiones periódicas y promover un sistema de servicios sociales la insuficiencia económica y problemas de vivienda, salud, cultura y ocio de los ciudadanos de tercera edad. Ana Cañizares Laso, “Obligaciones familiares básicas”, en *Derecho de familia*, de Gema Díez-Picazo Giménez (Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012).

14 César Aguado Renedo, “Familia, matrimonio y constitución española”, en *Derecho de familia*, de Gema Díez-Picazo Giménez (Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012).

15 Auto 134 de 11: Corte Constitucional de Colombia, que por solicitud de reserva del nombre en la publicación de la Sentencia T-226 de 2010, la Corte ordena la supresión de nombres y datos de toda publicación actual y futura en sentencia por datos ficticios, con el fin de proteger el derecho a la intimidad familiar de la accionante: “el núcleo esencial del derecho a la intimidad, supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural”. Con respecto al núcleo esencial del derecho a la educación, la misma corporación indica que este derecho contiene cuatro aspectos: “(i) disponibilidad, que consiste en la existencia de los medios para que se satisfaga la demanda educativa de las personas, como por ejemplo escuelas, docentes calificados, materiales de enseñanza, entre otros; (ii) accesibilidad, que pone en cabeza del Estado el deber de garantizar en los niños el ingreso a la educación básica, de manera obligatoria y gratuita; (iii) permanencia en el sistema educativo, que protege el derecho a conservar la educación básica sin que existan criterios de exclusión irrazonables y finalmente, (iv) calidad, que consiste en brindarles a los estudiantes una educación que les permita adquirir y producir conocimientos suficientes para desarrollar sus planes de vida, sin importar el nivel socioeconómico” (T-698 de 2016).

16 La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional ordenó al Ejército Nacional reincorporar al servicio a un soldado en condición de discapacidad, consideró que, en estos casos, cobra mayor relevancia al tratarse de un

que los trabajadores sexuales “conforman un grupo discriminado y marginado por su actividad respecto a los cuales el Estado tiene un deber de especial protección bajo los mandatos constitucionales de la igualdad material”¹⁷. Y con respecto al derecho a la salud, tiene carácter de fundamental, ya no solo porque sea o no conexo con el derecho fundamental de la vida sino porque el mismo reviste de unos elementos esenciales¹⁸; c) *jurídica*: referente a la autoridad y competencia de los distintos poderes públicos que por medios jurídicos deben proteger a la familia, impidiendo los ataques contra ella en distintos espacios, entre ellos por ejemplo, como garante del respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la competencia y deberes corresponden al juez de familia. En las decisiones judiciales se debe, por parte del juez, evitar imponer roles absolutos a la mujer y al hombre, como es por ejemplo en los tantos procesos y más controvertidos casos en los que se busca determinar la crianza y cuidado de los hijos

empleado que adquirió esa condición especial justamente mientras estaba al servicio del Estado y, en esa medida, el principio de solidaridad aparece mucho más claro (T-652 de 2017).

17 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-594 de 2016: “Es necesario enfatizar que *existe una diferencia entre el trabajo sexual lícito que parte del ejercicio de la voluntad libre y razonada de su titular, así como de contextos de vulnerabilidad socioeconómica, y la prostitución forzada o la explotación de seres humanos por el lucro económico de terceros*. Las conductas de explotación sexual, trata de personas, inducción a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores de edad, demanda de explotación sexual comercial de niños, niñas o adolescentes, pornografía con menores de 18 años, turismo sexual, prostitución de menores de 18 años y facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de edad, se encuentran penalizadas en Colombia, con el objetivo legítimo y deseable de suprimir y perseguir estas actividades ilegales y vulneratorias de derechos humanos”. Antecedentes al fallo las sentencias: T-629 de 2010: “la Corte sentó el primer precedente en el que se brinda protección laboral al trabajo sexual lícito, por cuenta ajena. En la providencia acertadamente se determinó que la falta de protección laboral excluye a los trabajadores sexuales del acceso a la justicia, y los priva aún más del goce efectivo de derechos fundamentales”. T-736 de 2015: “las conclusiones en cuanto al marco legal y jurisprudencial, siguen vigentes y evidencian que: i) el ordenamiento jurídico penaliza toda forma de prostitución forzada, inducida o ligada a la explotación económica, que se repite no es el trabajo sexual voluntario; ii) la prostitución, como trabajo sexual lícito, está a sujeta a la regulación de normas de Policía que buscan proteger la salubridad y el cuidado propio; y iii) hay un vacío legal en la regulación del oficio sexual bajo la protección del derecho al trabajo y de los establecimientos de comercio sexual como actividad económica lícita”.

18 Estos elementos fueron valorados en el caso que estudió la Corte Constitucional colombiana en el que se considerara el derecho fundamental a morir dignamente al solicitar aplicar el procedimiento de eutanasia a joven con enfermedad terminal: “i) Disponibilidad, en virtud del cual el Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente; (ii) aceptabilidad, según el cual los diferentes agentes del sistema deben ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas; (iii) accesibilidad, que indica que los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural, y comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; y (iv) calidad e idoneidad profesional, que supone que los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas” (T-423 de 2017).

en las familias heterosexuales en cabeza de uno de los progenitores, en los que comúnmente se inclinan los fallos con fundamentos en razones de género y esgrimen una argumentación discriminatoria, inobservando que el género masculino no impide procurar el bienestar de una niña en el desarrollo de su sexualidad¹⁹. También se ampara bajo la protección jurídica que le asiste a la familia, los derechos que le asisten a las personas privadas de su libertad que quieren mantener la comunicación con sus familiares y seres queridos; las autoridades deben velar por la eficiencia de los servicios de comunicación que las empresas encargadas de su prestación vulneran su derecho a la comunicación con el mundo exterior cuando no brindan a los internos información sobre las modalidades del servicio postal a que tienen derecho y cuando el servicio de comunicación implementado resulta ineficiente, costoso o inadecuado frente a sus condiciones (T-276/17).

La estructura horizontal y vertical de la familia

La familia de crianza trasciende de los modelos tradicionales y surge por vínculos diferentes a los naturales y jurídicos:

Esta protección constitucional de la familia también se proyecta a aquellas conformadas por madres, padres e hijos de crianza; es decir, a las que no surgen por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. [...] el concepto de familia se debe entender en sentido amplio, e incluye a aquellas conformadas por vínculos biológicos, o las denominadas “de crianza”, las cuales se sustentan en lazos de afecto y dependencia, y cuya perturbación afecta el interés superior de los niños.

Esto quiere decir que el principio que alcanza el término de familia de crianza o ampliada, es el de la solidaridad en la que una persona asume como propias las responsabilidades económicas de un menor que corresponden a los padres con o sin sustitución total de estos, convirtiéndose en un *copadre* por asunción²⁰.

19 Según la Corte Constitucional de Colombia es discriminatorio fundamentar la custodia de un menor en el género, así lo confirmó el amparo del derecho fundamental al debido proceso de un padre y de su hija vulnerado por un juzgado de familia. El operador judicial accionado asignó de manera definitiva la custodia de la menor con fundamento en razones de género, aun cuando las pruebas del caso demostraban una clara inclinación de la menor por permanecer bajo el cuidado de su padre (T-587 de 2017).

20 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-074 de 2016: “Esta figura lo que busca es reconocer y brindar protección a los lazos formados dentro de la familia, y comprende a los hijos de crianza que conviven y/o teniendo una relación estable con sus padres biológicos, otra persona de la familia asume las obligaciones que

En *contrario sensu*, el estudio que hizo el Tribunal Constitucional Español de levantar o mantener la suspensión de la vigencia de la Ley de la Comunidad Valenciana 5 de 2011 del 1.º de abril sobre las relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, deja en evidencia una serie de regulaciones que se dan con respecto a las obligaciones otorgadas a los padres y la intervención de las autoridades judiciales que corresponden a garantizar la adecuada protección del interés del menor, lo que supondría la ausencia de las familias de crianza toda vez que los menores no estarían bajo el cuidado de terceras personas distintas a sus progenitores, convivan o no entre sí; es más, el artículo 6 de la citada ley vincula la garantía por parte de la vivienda familiar que se otorgaría a favor del menor²¹.

Así las cosas, con estos elementos de la familia como institución social básica, se sostiene su prevalencia e interés superior, la que se materializa con los derechos básicos y fundamentales de la misma en cabeza de sus integrantes, y que se estudian a continuación.

Derechos fundamentales o básicos de la familia como núcleo fundamental de la sociedad

La familia subsiste como elemento natural y fundamental de la sociedad en el derecho internacional. Desde la interpretación alcanzada del artículo 10.2 de la CE/78, se dotará de derechos básicos o fundamentales reconocidos por la DUDH. Mediante el extenso artículo 42 de la C. Pol./91 en garantía a los sujetos de derechos, ellos son los factores determinantes por medio de los cuales se le reconoce derechos fundamentales o básicos a la familia, entre los cuales se mencionan los siguientes:

corresponden a estos últimos, en virtud del principio de solidaridad, y con quien el menor de edad genera estrechos lazos de afecto, respeto, protección, asistencia y ayuda para superar las carencias de sostenibilidad vital".

21 Tribunal Constitucional de España (Auto 161 de 2011): "a falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores".

Forma de constituirse la familia

La familia surge por distintos vínculos y la autonomía del sujeto es determinante en su conformación²².

La CE/78 reconoce como fundamental el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, garantiza el derecho a casarse y considera el matrimonio como un valor positivo al ser el procedimiento normal de formación de la familia; la función social que cumple el matrimonio obedece a dos razones por las cuales el constituyente español de 1978 considera fundamental el derecho a contraer matrimonio: la primera, a un derecho íntimamente vinculado a la libertad y dignidad humana del individuo; y la segunda como medio de constituir una unión estable en la que se apoya la institución básica que es la familia, por sus importantes funciones de mutua ayuda, asistenciales, afectivas, espirituales, económicas y el interés social en que las familias se constituyan a partir de una estructura estable, justifica la protección especial que se le ha otorgado a la familia matrimonial. Además de determinar el concepto constitucional del matrimonio, exige el requisito de la unidad, excluyendo la poligamia-poliandria y uniones plurales (art. 32.1)²³.

No por ello protege exclusivamente a la familia matrimonial, tanto el matrimonio como la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes y establecer diferencia corresponde a la libertad del legislador, articular los instrumentos normativos sin atentar contra el principio de igualdad jurídica y no discriminación garantizada en la Constitución. Las diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas por el legislador en extender a las uniones estables de hecho, los beneficios como el mismo artículo 39.2, al asegurar la protección igual a los hijos independiente de su filiación y a las madres, cualquiera sea su estado civil, que supone la constitucionalización de la familia de hecho o familia natural equiparándola a la matrimonial y así puede darse la protección de los distintos grupos familiares que

22 En Sentencia del Consejo de Estado de Colombia, Expediente 2001-00757 de fecha julio 11 de 2013 se sostiene que la familia surge de “vínculos naturales y jurídicos entre dos personas heterosexuales u homosexuales (familia nuclear), también “puede surgir a nivel monoparental (uno de los padres y un hijo(a))”, o puede ser analizada de forma extensiva, es decir, la que integran abuelos, padres, hijos y nietos (consanguíneos o de crianza)”.

23 Isabel Arana de la Fuente, “Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa de matrimonio”, en *Derecho de familia*, de Gema Díez-Picazo Giménez (Navarra: Thomson Reuters, 2012).

son diversos, como lo indica la legislación fiscal que denomina *unidad familiar* al núcleo familiar, que se trata de personas unidas por vínculos de parentesco, presentándose como otra modalidad la unidad familiar monoparental²⁴.

Así pues, la familia en el sentido de los artículos 39 y 14 de la Constitución Española, no es solo matrimonial e impide cualquier tipo de discriminación; además porque ella al ser en otro tiempo un grupo y unidad de producción y de consumo autosuficiente, hoy ha quedado reducida al círculo estricto de familia nuclear o conyugal formada por la pareja y los hijos que conviven con ella requiriendo de protección integral en favor de los hijos sea del origen familiar que tengan²⁵.

La familia se reconoce como grupo social que tiene su origen en el matrimonio pero sin excluir otras formas de convivencia, que por la propia realidad natural de la familia no puede prevalecer un cometo jurídico o dogmático de la misma, en especial, teniendo en cuenta el carácter plural de la sociedad española y la realidad social actual en la que las uniones de hecho son cada vez más numerosas y cuentan con una aceptación generalizada; es un modo de constituir familia tan protegible como la creada por matrimonio y la falta de equiparación no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues aunque la constitución no las prevé tampoco las rechaza explícitamente²⁶.

Hoy las uniones de hecho como otras formas de constituir familia, tanto en Colombia como en España, no pueden pasar desapercibidas e ignoradas por la óptica jurídica cuando puede verse comprometido el reconocimiento, garantía y protección de derechos universales que comprenden las relaciones familiares ante una necesidad y reclamación al derecho por permear ante las nuevas formas de la familia²⁷.

24 Valentín García de Blas y María Luisa Fernández, *El matrimonio, realidad social e institución jurídica*, vol. I, de *Instituciones de derecho privado, tomo IV* (Madrid: Civitas Ediciones, 2001).

25 Víctor M. Garrido de Palma, *Capitulaciones matrimoniales y régimen económico familiar*, vol. I, de *Instituciones de derecho privado, tomo IV* (Madrid: Civitas Ediciones, 2001).

26 Federico Cantero Núñez, *Uniones de hecho*, vol. I, de *Instituciones de derecho privado, tomo IV* (Madrid: Civitas Ediciones, 2001).

27 Salvador Morales Ferrer, "La situación jurídica de la convivencia surgida entre personas del mismo sexo en España", en *Derecho de familia*, de Sandra Milena Daza Coronado (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2014). "Las normas jurídicas tienen por objeto la regulación de la convivencia social a la realidad que impera en cada momento histórico, con la consecuencia que provoca su necesaria revisión, modificación y, en algunos casos,

Así que, las distintas interpretaciones que se hagan de la norma superior, no pueden desconocer que esta no contiene solo principios, sino verdaderos derechos previamente declarados, sus alusiones acerca de la igualdad de los hijos con independencia de su filiación y del estado civil de las madres, no son sino concreciones del derecho fundamental a la igualdad, que tienen el valor aclaratorio e importante, supone dilucidar de antemano cualquier duda que pudiera haber sobre el margen del poder público para poder distinguir entre madres solteras y casadas y entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, aunque no dejarían de ser manifestación de tal derecho incluso aunque no se hubiere explicado por el constituyente de la forma que lo ha hecho²⁸.

Debido a la constante reclamación por parte de las parejas del mismo sexo, en la Sentencia C-577 del 26 de julio de 2011, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil, pero ante el silencio del Congreso en regular la situación jurídica de esta parejas, la Corte mediante Sentencia SU-214 del 28 de abril de 2016, declaró que los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo celebrados con posterioridad al 20 de junio de 2013 gozan de plena validez jurídica.

El matrimonio entre las personas del mismo sexo en España fue introducido con la reforma del Código Civil en el año 2005 por la Ley 13 y la 40 de 2007, son tan legítimos como los otros por tanto tendrán los mismos efectos, derecho y obligaciones, podrán adoptar y aportar hijos al matrimonio sean biológicos de uno de los miembros o en común de la pareja²⁹. Así que el artículo 32.1 de la CE/78 no tiene por finalidad imponer como único modelo de matrimonio el heterosexual, al reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, y no añadir entre sí o entre ellos, no es literal ni técnicamente opuesta al matrimonio homosexual³⁰.

supresión de la regulación de las instituciones jurídicas existentes para su adecuación a los tiempos en los que deben ser aplicadas”.

28 César Aguado Renedo, “Familia, matrimonio y Constitución española”, en *Derecho de familia*, Gema Díez-Picazo Giménez (Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012).

29 Morales Ferrer, “La situación jurídica...”.

30 Isabel Arana de la Fuente, “Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa de matrimonio”, En *Derecho de familia*, Gema Díez-Picazo Giménez (Navarra: Thomson Reuters, 2012).

La libertad religiosa y de cultos garantizada por la Constitución comprende el derecho de establecer una familia conforme a la religión y normas propias de la correspondiente iglesia, por tanto, las sentencias de nulidad dictadas por las autoridades de la respectiva iglesia con personería jurídica tendrán efectos civiles sin perjuicio de la competencia estatal para regularlos. Tanto para España como para Colombia el régimen de impedimentos que regulan las nulidades en el derecho matrimonial en nada afecta a los derechos fundamentales o a los principios y valores esenciales proclamados por la Constitución³¹.

Protección integral-patrimonio de familia

La facultad que tiene el sujeto de derechos de constituir el patrimonio de familia inembargable a favor de toda familia, en un sentido más comprensivo de la realidad, *se predica en igualdad de condiciones para el hombre y la mujer*.

En el ordenamiento jurídico español el Gobierno por Real Decreto establece los umbrales de renta, patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas de estudio, incluye la educación no universitaria respetando los aspectos esenciales del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.30 de la CE/78, también sobre el régimen de fomento del estudio, de becas y de ayudas estatales del artículo 131.3 CE y la competencia en enseñanza universitaria que incluye la regulación y la gestión del sistema propio de becas y ayudas a la formación universitaria³².

Honra, dignidad e intimidad como derechos fundamentales de la familia

Estas son reconocidas como piedra angular de las relaciones familiares que, inviolables, dependen de su administrador.

31 En el sistema jurídico español los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde la celebración, pero, en cuanto a la inscripción conviene distinguir dos situaciones, una es la del matrimonio canónico no inscrito pero inscribible por reunir los requisitos de validez civiles, que siendo un acto válido y eficaz pero no inscrito, produce todos los efectos personales y patrimoniales, no perjudica los derechos adquiridos, aunque la plenitud de su eficacia se adquiera con la inscripción. Y la otra es la del matrimonio canónico de imposible inscripción por carecer de alguno de sus requisitos en cuyo caso no produce efectos civiles alguno ni tampoco será supuesto de matrimonio civil; aun no siendo inscribible podrá acceder al registro mediante anotación de carácter provisional e informativo hasta que se cumplan las condiciones de validez. María Moreno Antón, "El matrimonio en forma religiosa. La eficacia civil del matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico", En *Derecho de familia*, Gema Díez-Picazo Giménez (Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012).

32 Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 95 de 2016.

El derecho a la honra que ostenta la familia será de responsabilidad y depende de sus mismos integrantes, es el mismo individuo quien la propende de acuerdo con su actuar. El derecho a la intimidad familiar se reduce a un espacio en el que ellos mismos no solamente son titulares sino administradores. Al ser derechos personalísimos, el derecho a la intimidad “se circunscribe a la facultad que tiene cada persona de exigirle a los demás respetar un ámbito de privacidad exclusivo”, y en caso de vulneración se extiende a la familia cuando su titular ha fallecido³³. Esto quiere decir que, la honra, la dignidad y la intimidad al contar con un mecanismo de protección de rango constitucional, comporta, no solo que para su protección se puede actuar directamente con base en la Constitución cuando a ello haya lugar a través de la acción de tutela, sino que, además de las propias normas constitucionales, se desprende la obligación para las autoridades de proveer a su protección frente a los atentados arbitrarios de que sean objeto; apareja la protección de su autonomía o autodeterminación y autorregulación, de manera que la intervención del Estado es de carácter excepcional en ciertos casos³⁴.

El artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar. El Alto Tribunal Constitucional Español, acoge y es doctrina reiterada para este, que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 de la CE/78 constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que se estudien en los casos y sea reconocido en la Constitución³⁵.

Respeto recíproco, igualdad de derechos y deberes entre la pareja y todos los integrantes de la familia

Estos son base fundamental del principio jurídico de vinculatoriedad inmediata para determinar la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja bajo el respeto recíproco de todos los familiares en especial los que mantienen una relación de convivencia, los siguientes:

33 Corte Constitucional colombiana sentencias su-056 de 1995, C-106 de 1995, T-411 de 1995, T-478 de 2015.

34 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-741 de 2015.

35 Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 292 de 2000.

el primero es el principio de la no discriminación, que, como se suele decir, es algo así como el principio negativo del principio de igualdad, al prohibir diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes, arbitrarios o irrazonables. El segundo principio, que se suele llamar principio de protección, está diseñado con el objeto de imponer y lograr una igualdad positiva a través de lo que se denomina “discriminación inversa” y “acción positiva”. [7] La igualdad como derecho al que correlativamente le corresponde un deber —artículo 95 de la Constitución—, es analizado también desde dos perspectivas: una positiva, en el sentido de protección a derechos iguales ante la ley; pero desde el punto de vista negativo, como una igualdad de deberes ante la ley³⁶.

El artículo 32.1 de la CE/78 establece dos principios, uno mencionado con respecto al matrimonio como unión heterosexual que ahora trasciende a las personas del mismo sexo, y el segundo consagra el principio de igualdad y no discriminación entre los cónyuges mediante la expresión “con plena igualdad jurídica”, a la que se atribuye un doble sentido: el primero como relación a la discriminación sufrida por las mujeres como consecuencia del hecho de contraer matrimonio; el segundo para recalcar que la diferencia de sexo de los contrayentes no puede fundamentar, ni traducirse en desigualdad jurídica³⁷.

Para lo cual, en sentencia del Tribunal Constitucional Español en la que se estudia “el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17 de 2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”³⁸, persigue:

reforzar las medidas y mecanismos concretos para conseguir que los poderes públicos lleven a cabo políticas y actuaciones destinadas a erradicar el fenómeno de la desigualdad entre mujeres y hombres, que sitúa a las mujeres en una situación de subordinación y desventaja social y económica respecto de los hombres y que impide que las mujeres ejerzan plenamente sus derechos como ciudadanas.

Puesto que la delimitación entre la materia política de género y otras materias puede resultar compleja dado el carácter transversal e intersectorial de la política de género que afecta a todos los órdenes de la vida (participación política

36 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-197 de 1993; la citación que se hace referencia dentro del texto es [7] Eduardo Rabossi, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 7 (1990): 177.

37 Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, *Diagnóstico sobre el derecho de familia* (Madrid: Rialp, 1996).

38 Sentencia 159 de 2016, de 22 de septiembre. También en el BOE 263, de 31 de octubre de 2016.

y social de las mujeres; educación, cultura y conocimiento; trabajo, empleo y empresa; políticas sociales; medio ambiente, urbanismo, vivienda y movilidad; justicia y seguridad; estadísticas y estudios). Así, muchas de las medidas que se introducen se proyectan de un modo genérico sobre todas las materias reguladas en la Ley de Igualdad pero si existe un título específico que atribuye al Estado o a la comunidad autónoma, competencia sobre una determinada materia, la competencia sobre política de género pasa a un segundo plano pues, de lo contrario, quedaría desbordado el ámbito y sentido de este título competencial que no puede operar como un título capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento. El legislador autonómico puede dictar medidas relativas al título competencial de políticas de género en caso de que afecten a sectores sobre los que tenga competencia³⁹.

Protección a la familia contra toda forma de violencia

Los principios adoptados dentro de un marco constitucional hacen que se pueda solicitar medida de protección inmediata cuando toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar; mientras se adopta la medida definitiva por la autoridad en el juicio respectivo⁴⁰.

En España, la violencia doméstica se encuentra íntimamente ligada a situaciones de crisis familiar, lo que da lugar a distintas figuras penales aplicables en el matrimonio entre personas del mismo y distinto sexo, sin embargo, no son iguales, el interés del legislador español muestra una mayor protección a la mujer⁴¹.

Considerando que la violencia de género es uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales, el artículo 15 (CE/78) garantiza a todos la vida, la integridad física y moral sin que sean sometidos en ningún caso a torturas, penas, tratos inhumanos o degradantes; correspondiendo a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos

39 Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 159 de 2016). El fallo declara que los artículos 33; 36, apartados 1, 3 y 4; 39, apartados 1, 2 y 3; 40; 41, apartados 2, 3 y 4, y 44 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17 de 2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres son inconstitucionales y nulos.

40 Corte Constitucional de Colombia (T-460 de 1997).

41 Morales Ferrer, "La situación jurídica...".

en que se integra sean reales y efectivas, tal y como lo señala el artículo 9.2 de la misma Carta.

Esta clara legitimación constitucional permite dar una respuesta a las conductas cuya subsunción sea posible en el marco de la violencia de género, interpretada como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en la sociedad, como violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión⁴².

El Tribunal Constitucional Español con respecto a los problemas constitucionales, en torno al desarrollo legal de la protección integral contra la violencia de género, ha manifestado que el tratamiento punitivo de sancionar estas agresiones que son más graves y más reprochables socialmente se hacen a partir del contexto racional “en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”⁴³; así la norma “penal tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer”⁴⁴.

Frente a los procesos policivos, que son las primeras instancias concedoras de los problemas que se denuncian a causa de violencia intrafamiliar y sexual, la Corte Constitucional colombiana sostiene que en toda decisión judicial, se debe dar un enfoque de género cuando las denuncias son de la mujer como víctima, para que se deban tener en cuenta las medidas de protección que se demanden en razón al “compromiso nacional e internacional de erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer”⁴⁵.

42 María Luisa Silva Castaño, *Delincuencia en el ámbito familiar: la violencia de género*, vol. 1, de *Instituciones de derecho privado, tomo IV* (Madrid: Civitas Ediciones, 2001).

43 Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 59 de 2008.

44 Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 59 de 2008.

45 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-590 de 2017; y en la misma línea (T-027 de 2017) indica que se ha de amparar los derechos fundamentales de este grupo poblacional cuando se demuestre que las autoridades de conocimiento han vulnerado el derecho al debido proceso en el momento de evaluar la necesidad de brindar medidas de protección por violencia intrafamiliar.

Igualdad de derechos entre los hijos

El constituyente ha otorgado igualdad de derechos entre los hijos cobijando a los concebidos con asistencia científica o mediante reproducción humana asistida⁴⁶.

Para el Tribunal Constitucional Español, con motivo del enjuiciamiento constitucional de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida recalca que del mandato al legislador contemplado en el artículo 39.2 de la CE/78 se deriva que la ley obligatoriamente haya de posibilitar la investigación de paternidad, genera un verdadero derecho subjetivo en los legitimados para requerirla, que no necesariamente son todos los hijos que desconozcan su ascendencia biológica paterna, sino que puede haber excepciones para puntualizar⁴⁷.

La jurisprudencia colombiana acoge a los hijos aportados, quienes gozan de los mismos beneficios que los hijos biológicos y adoptivos, son quienes “integrados al matrimonio o a la unión marital de hecho por uno [o ambos] cónyuges o compañeros permanentes provenientes de una relación diferente”⁴⁸ entre sí, y se les debe garantizar por parte de la familia, la sociedad y el Estado una igualdad de trato frente a su núcleo familiar, lo que comprende a sus hermanos, en caso de haberlos, ya sea que tengan su misma calidad de aportados o sean hijos comunes de la pareja, consanguíneos, adoptivos o de crianza. En cuanto a los hijos de

46 La absoluta igualdad legal entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos superó de modo definitivo un régimen de filiación abiertamente discriminatorio e injusto plano de inferioridad jurídica. Roberto Suárez Franco, *Derecho de familia*, vol. 1 (Bogotá: Temis, 1979).

47 Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 116 de 1999. En este punto en el ordenamiento jurídico español desde el año 1996, a diferencia de Colombia, cuenta con una amplia legislación con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida: Ley 14 de 26 de mayo de 2006: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 (RCL 2006, 1071), que deroga las anteriores leyes de Técnicas de Reproducción Humana Asistida Ley 35 de 22 de noviembre de 1998 (RCL 1998, 2331) y la Ley 45 del 21 de noviembre de 2003 que modificaba la anterior. Real Decreto 42 del 15 de enero de 2010 (RCL 2010, 228), regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Real Decreto 1720 de 23 de julio de 2004 (RCL 2004, 1699), establece las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida. Real Decreto 120 de 31 de enero de 2003 (RCL 2003, 457), regula los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico que previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida. Real Decreto 412 de 1.º de marzo de 1996 (RCL 1996, 1076), establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana. Real Decreto 413 de 1.º de marzo de 1996 (RCL 1996, 1077), establece los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida. Orden 2541 de 22 de diciembre de 1997 (LCM 1998, 26), Comunidad de Madrid, establece la autorización-homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

48 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2016.

crianza es necesario demostrar: uno, la estrecha relación familiar con los presuntos padres de crianza, supone la existencia real, efectiva y permanente de una convivencia que implique vínculos de afecto, solidaridad, ayuda y comunicación; y dos, una deteriorada o ausente relación de lazos familiares con los padres biológicos, supone una desvinculación con el padre o madre biológicos según el caso que evidencie una fractura de los vínculos afectivos y económicos, constatable en aquellos casos en los cuales existe un desinterés por parte de los padres para fortalecer sus lazos paterno-filiales y por proveer económicamente lo suficiente para suplir las necesidades básicas de sus hijos. La declaratoria de hijo de crianza deriva derechos y obligaciones en asuntos relativos al estado civil de las personas y a la filiación, para ello deberá existir certidumbre acerca de dicha condición⁴⁹.

La ley reglamentará la progenitura responsable

La progenitura responsable alcanza para que la mujer que ha cuidado de la crianza y educación de un niño, que públicamente ha proveído para su subsistencia y lo ha presentado como hijo suyo, puede impugnar el reconocimiento que un hombre ha hecho de ese niño⁵⁰.

Para el Tribunal Constitucional Español el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación, desarrolla el mandato constitucional recogido en el artículo 39, apartados 2 y 3 de la CE/78, que obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y a los padres a prestar asistencia en todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, de forma que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, ocasiona una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 CE⁵¹.

Se deberá entender que el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos no solamente se refiere a la pareja, sino a toda persona que desee tener descendencia, y la relación que emana del vínculo paterno y materno

49 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-292 de 2016 y T-705 de 2016, respectivamente.

50 El sentido y alcance de la norma cubre incluso a la verdadera madre quien también podrá intentar la impugnación del reconocimiento voluntario de la paternidad, Marco Monroy Cabra, *Derecho de familia y de menores*, 2.^a edición (Bogotá: Wilches, 2010).

51 Tribunal Constitucional Español, sentencias STC 154 de 2006 y STC 200 de 2001, respectivamente.

filial desencadena un conjunto de derechos y obligaciones propios de la patria potestad⁵².

Los padres tienen la función de educar a sus hijos menores, procurarles una formación integral en lo intelectual, cultural y moral adecuadas y prepararlos para una vida en sociedad, lo que exige proporcionarles una formación cívica, una preparación física y una orientación profesional. Es el mismo artículo 27.3 de la CE/78 que otorga a los progenitores el derecho a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, compete a ellos decidir conforme a sus creencias la formación que el menor va a recibir tanto en la propia familia como en el ámbito escolar. Consecuentemente los poderes públicos deben sustraerse de las decisiones que los padres adopten, debiendo dar el mismo trato a todas las ideas o creencias, sea cual fuera el carácter de estas, en virtud del principio de laicidad estatal que les vincula (arts. 1, 14 y 16 de la CE/78). No obstante, esta función tiene límites: uno que las ideas, creencias u opiniones que los padres pretendan transmitir a los hijos no podrán ser contrarias a aquellos principios ni vulnerar los derechos o libertades del propio menor o de cualquier otra persona (art. 27.2 CE/78); otro es el relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor e interés superior en una perspectiva tanto de presente como de futuro de aquellas decisiones que tengan una trascendencia no solo en una realidad inmediata sino también futura; limita también la función educadora de los padres, la personalidad del hijo (arts. 15, 16.1 y 39 CE/78)⁵³.

Por tanto, cuando los padres impongan al hijo una formación que vulnere los principios democráticos de convivencia, o los derechos fundamentales del propio menor o de las demás personas, o perjudique objetivamente el interés del hijo impidiendo el desarrollo integral de su personalidad, los poderes públicos tienen el deber de intervenir con el objeto de protegerlo. A esto se suma la decisión de los padres de formar a su hijo al margen del sistema educativo oficial por entender que la enseñanza reglada se opone a sus propias convicciones; esto conlleva a que

52 Ahora bien, la obligación de los padres en proveer la continuidad de los estudios cuando el hijo ha cumplido la mayoría de edad, va hasta los 25 años cuando este sigue sus estudios y en razón a ello se encuentra incapacitado para trabajar, se hace incluso extensiva dicha protección en garantía del derecho fundamental a la educación en casos que se reclame el derecho a la sustitución pensional para tal fin; según la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-336 de 2017.

53 Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 141 de 2000.

la no escolarización del menor por razones ideológicas supone, en todo caso la vulneración del derecho a la educación⁵⁴.

La jurisprudencia no admite la educación de los menores en su propio domicilio excluyéndolos del sistema oficial de educación, puesto que la escolarización es obligatoria y por ende, cuando no se escolarice al menor, el Estado deberá intervenir. El Tribunal Constitucional Español denegó a unos padres la posibilidad de formar a sus hijos en su domicilio sin escolarizarlos en un centro oficial:

La invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida ni siquiera *prima facie*, [...] incluso en el supuesto de que la decisión de no escolarizar a los hijos propios se entendiera en el caso de autos motivada por razones de orden moral o religiosos⁵⁵.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes

Todos los hechos, actos, providenciales judiciales y administrativas relativas al estado civil de las personas deberán ser inscritas en el competente registro civil, ya que el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, su asignación corresponde a la ley⁵⁶. El nombre es la individualidad de la persona será de su facultad el cambio hasta por dos veces si le otorga seguridad jurídica y con el fin de proteger sus derechos fundamentales, el nombre comprende: el nombre, los “apellidos” y, en su caso, el seudónimo⁵⁷.

En el derecho español existen solo dos estados civiles: casado (conviviente, separado de hecho, o separado judicialmente) o no casado (soltero, viudo o

54 Lucía Vásquez-Pastor Jiménez, “La potestad paterna a lo largo de la historia”, en *Derecho de familia*, de Gema Díez-Picazo Giménez (Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012).

55 Tribunal Constitucional de España, Sentencia STC 133 de 2010.

56 Decreto Ley 1260 de 1970 modificado por Ley 962 de 2005; Resolución 3571 de 2003, Registraduría Nacional del Estado Civil; DUR 1069 de 2015; Decreto 1227 de 2015.

57 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-77 de 2016. Referente a los apellidos a partir de junio de 2017, en España los padres podrán decidir el orden de los apellidos, la medida argumenta la evolución a la tradición patriarcal, por lo que la prioridad ya no será el apellido paterno.

divorciado); el estado civil de casado produce efectos sobre los cónyuges, afecta su capacidad y poder de disposición, produce emancipación (art. 316), restringe la capacidad de decisión ya que se debe contar con el consentimiento del otro (art. 177.2), cada cónyuge es heredero forzoso del otro con la potestad de donar (art. 636) o facultad de disponer *mortis causa* (arts. 763 y 806), agrava la responsabilidad penal en caso de comisión de determinados delitos, entre otros.

Desde la naturaleza jurídica de la familia

La naturaleza jurídica de la familia es meramente subjetiva y ello obedece a que la ordenación de la familia es esencialmente individualista, esto hace que la protección jurídica la reciben los miembros de la familia individualmente considerados, ya que por la calidad de persona jurídica atribuida a estas es otorgante de derechos y obligaciones permitiendo la regulación de las relaciones familiares que se suscitan en su medio; la familia como célula o un todo no goza para ella sola de dicha calidad⁵⁸.

Se destacan cuatro sujetos de derechos que por su protección constitucional especial se convierten en fundamentos constitucionales de la familia que, obedeciendo a la naturaleza jurídica, regentan en nuestro ordenamiento y por estudio jurisprudencial son la mujer, los niños, los adolescentes y los adultos mayores.

Igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Protección especial a la mujer

Para el caso colombiano, con la Constitución de 1991 (art. 43) nacen nuevos ideales para la sociedad, y el derecho ya no puede seguir sosteniendo “viejas prácticas de diferenciación social o jerarquización”⁵⁹, sino que, impulsado al cambio, implica dentro la diversidad colombiana reconocer la necesidad de posicionar la autonomía de la mujer frente al hombre partiendo de la igualdad femenina y la importancia de la configuración de un marco jurídico acorde al mandato constitucional⁶⁰.

58 Jorge Antonio Castillo Rugeles, *Derecho de familia*, 2.ª edición (Bogotá: Leyer, 2004).

59 Sandra Milena Daza Coronado, *Mujer, familia y sociedad, hacia un nuevo derecho en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016).

60 Daza Coronado, *Mujer, familia y sociedad...*

En el derecho español se considera la igualdad jurídica del hombre y de la mujer bajo los preceptos constitucionales de los artículos 14, 32.1 y 32.2 de la CE/78⁶¹.

La jurisprudencia indica que un acto discriminatorio

es la conducta, actitud o trato que pretende —consciente o inconscientemente— anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.

Y el cual es relevante para estudios de casos demandados o denunciados,

en la medida en que afecte la dignidad humana, con base en razones fundadas en prejuicios, preconceptos, usualmente asociados a criterios sospechosos de discriminación como raza, sexo, origen familiar o nacional o religión; pues en tal sentido, el mandato de no discriminación no es solo exigible a la legislación colombiana, sino a cualquier actuación que lleven a cabo los sujetos que en virtud de su situación o autoridad tengan la posibilidad de afectar los derechos fundamentales, en cuyo actuar debe ser palpable la aplicación del principio de igualdad en todas las relaciones que establezcan con los individuos⁶².

El acoso laboral es actualmente una de las formas de discriminación de género en la que la Corte Constitucional colombiana considera que la protección frente a esta es uno de los retos más complejos, pues el sujeto pasivo de la discriminación debe demostrar sumariamente “que hace parte de un grupo históricamente discriminado, que no ha recibido el mismo trato frente a una misma situación; y que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo”⁶³.

61 Ambos estados son parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) que en su artículo 1 define esta clase de discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

62 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-098 de 1994, T-293 de 2017 y T-326 de 1995 y T-247 de 2010. En la misma línea, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 3 que es un deber de los países firmantes proteger los estos derechos de toda la población: “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

63 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-293 de 2017.

Derechos fundamentales de los niños

Tanto la normatividad superior colombiana (art. 44 de la C. Pol./91) como la española (art. 39.4 de la CE/78) establecen una protección especial a los niños, tanto así que la jurisprudencia ha sostenido que la prevalencia de los derechos de los niños va más allá de considerar su protección constitucional y es la efectivización clara, expresa y precisa en los casos que por una ausencia normativa se haga evidente la vulneración de estos.

Tantísimos son los casos que se podrían citar en este aparte, pero en premura de extensión de este capítulo es importante referirse a la situación actual de la población intersexual o con ambigüedad genital, niños que no puedan ser identificados en el momento del nacimiento como hombres o mujeres, quienes en aras de evitar un déficit de protección y mientras se asigne el sexo, ha indicado la Corte Constitucional “que podrán ser inscritos sin llenar alguna de las dos casillas en el certificado de nacido vivo y en el registro civil de nacimiento, se permitirá realizar una anotación en un folio aparte que podrá ser suprimido una vez se asigne el sexo”⁶⁴; estos datos serán reservados ya que la información hace parte de aquellos datos sensibles al núcleo esencial del derecho a la intimidad⁶⁵.

Ciertamente y para estos casos con respecto a los procedimientos tanto quirúrgicos como todos aquellos que tienen que ver con la salud de la persona como paciente y la responsabilidad médica, vale la pena recalcar que el vínculo entre el consentimiento informado requerido en estos y los derechos fundamentales que le asisten a su titular no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en el respeto del principio constitucional de la dignidad humana, el derecho a la libertad y el principio de la autonomía del individuo⁶⁶.

Continuando desde el acostumbrado estudio de derecho comparado es oportuno indicar que

64 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-293 de 2017.

65 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-450A de 2013: cuando se adopte una decisión definitiva sobre la asignación de sexo, y sea necesario modificar los datos relativos al nombre y al sexo inicialmente consignado en el documento oficial, el procedimiento será reservado y expedito; es garantizar el derecho a la personalidad jurídica del individuo y la base de su desarrollo personal y de su proyecto de vida.

66 Al respecto, la Corte Constitucional colombiana señala en la Sentencia T-365 de 2017 que se considera el consentimiento informado ya no como un deber sino además como un derecho.

en España el consentimiento informado constituye un derecho fundamental por las aportaciones realizadas en la teoría de los derechos fundamentales clásicos como los de la vida, la integridad física y la libertad de conciencia; lo mismo que a los derechos de la libertad personal, decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre su propio cuerpo. La obligación de información al paciente hace que la pericia médica tenga que proyectarse íntegramente sobre el paciente, no solo en el empleo de las técnicas correctas y actuales, sino en la necesaria valoración de aquel como persona consciente y entendida. la información debe ser completa y su explicación debe alcanzar el grado de entendimiento de la persona⁶⁷.

Protección al adolescente

El adolescente es acogido como sujeto de especial protección constitucional, ya que su desarrollo y comportamiento dentro del ámbito del derecho civil y familiar no puede seguir siendo el escenario de amenaza o vulneración de derechos, sino por el contrario la continuidad de su protección, cumplimiento y garantía (art. 45 C. Pol./91).

A lo anterior obedece que la segunda casa que tienen los adolescentes “los establecimientos educativos” reformen sus reglamentos o manuales de convivencia para erradicar las decisiones y tratos diferentes que causen perjuicio, excluyen o marginan a los estudiantes; como es el caso de los planteles educativos que niegan el cupo a los adolescentes e impiden continuar con sus estudios por haber tomado el adolescente la decisión de fundar una familia, haber contraído matrimonio o convivir en unión marital de hecho, “y desconoce los derechos a la libertad y autonomía de una persona, así como sus derechos a la educación y a la igualdad en especial a la igual protección de todo adolescente reconocida en la Constitución, tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos”⁶⁸.

Igualmente, el trato entre las directivas, coordinadores y profesores con los alumnos ha conllevado al llamado por la tolerancia y respeto por la diferencia para que las objeciones que hagan los maestros sobre las actitudes del alumno

67 Salvador Morales Ferrer y Sandra Milena Daza Coronado, “El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España”, *Novum Jus* 10, n.º 2 (julio-diciembre de 2016): 11-34.

68 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-583 de 2004.

sean evaluadas junto con él en función del libre desarrollo de la personalidad y en caso de una

conducta abiertamente transgresora del orden escolar o atentatoria de los derechos de los demás, será procedente la pública amonestación en términos considerados y no desconceptuantes del educando; así se promueve por parte de los educadores la manera como debe afrontarse la diferencia de gustos de las personas que pertenecen a generaciones distintas y la tarea que tienen a su cargo a dar testimonio de respeto y tolerancia por las opciones del otro, es ir más allá de la complejidad que comprende el derecho de protección contra toda forma de violencia moral⁶⁹.

Con respecto al papel que desempeñan la Policía de Infancia y Adolescencia, recordó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en Concepto 91 del 8 de octubre de 2017, que el personal que la conforma debe estar capacitado en derechos de infancia y adolescencia, desarrollo infantil, normativa nacional e internacional relacionada y procedimientos de atención y protección integral de los menores, puesto que es quien debe realizar el acompañamiento solicitado por la autoridad administrativa, ya sea defensor de familia, comisario de familia o inspector de policía.

En el caso del derecho español, tanto para los niños como para los adolescentes, siendo estos menores de edad, la jurisprudencia constitucional les ha reconocido el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada

en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les competa. El incremento del acceso de los menores a la información y conocimiento, avalados por el derecho que tienen a acceder a los beneficios que esta acarrea, imposibilita su prohibición o impedimento, por ello, que dicho acceso debe ser acorde a la edad y madurez del menor, a fin de no afectar su desarrollo armónico e integral, así mismo, toda medida que tenga como fin la protección y garantía de derechos deberá ser adecuada al fin perseguido, que no existe otra medida que permita obtener los mismos resultados, sea menos restrictiva de derechos y que implique control de las comunicaciones, tiene que respetar el principio de proporcionalidad. Para esto, los Estados y las entidades educativas deben tener en cuenta el rol de los progenitores, o cualquier otra persona que tenga bajo su responsabilidad el cuidado de las niñas, niños y adolescentes en la formación personal de ellos, que incluye el uso responsable y seguro del internet y las redes sociales digitales. Es tarea del Estado y las entidades educativas proveer

69 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-259 de 1998.

información y fortalecer las capacidades de los progenitores, sobre los eventuales riesgos a que se enfrentan los menores en internet. Este es el camino, para afrontar estos fenómenos⁷⁰.

Protección y asistencia al adulto mayor

El avance en el desarrollo jurisprudencial sobre el adulto mayor, como sujeto de especial protección constitucional, comparte la prevalencia de los derechos de los menores, en el sentido de que los derechos que no estén expresamente consagrados como fundamentales, ostentan de dicha calidad cuando su titular es un adulto mayor, como el derecho a la seguridad social, que por las circunstancias puede poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad y, en fin, la protección y asistencia al adulto mayor. Ahora, los miembros del grupo familiar deben asumir, en primera medida, la satisfacción del mínimo vital y necesidades básicas insatisfechas de los adultos mayores. En caso de estar imposibilitada la familia, la sociedad y el Estado deberán concurrir a esta labor en virtud del principio de solidaridad que se concreta en un deber para todas las personas de contribuir con sus acciones y esfuerzos al beneficio de las demás personas que hacen parte del grupo social, en especial, aquellas en situación de vulnerabilidad, para los adultos mayores debe acatarse con el objetivo de llevar a la práctica los derechos individuales de estas personas, potenciar sus capacidades e independencia y proveerles condiciones de existencia dignas, el mínimo vital garantiza el respeto por la dignidad humana, velar por la protección de grupos y personas en situación de debilidad manifiesta y concretar el principio de igualdad material en una sociedad históricamente injusta⁷¹.

El adulto mayor en el Estado español cuenta con una serie de prebendas para la garantía de sus derechos; en el caso del consumo eléctrico, es considerado

70 Josefa Fernández Nieto, "Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de *sexting* y *grooming*. Letrado de la Administración de Justicia", *Diario La Ley*, 3 de marzo de 2016: Ref. D-93.

71 Corte Constitucional, sentencias T-426 de 1992 y T-025 de 2016. Con relación a la protección y los derechos del adulto mayor se pueden consultar entre otras las siguientes sentencias: T-900 de 2007, T-348 de 2009, T-833 de 2010, T-696 de 2012, T-207 de 2013 y T-413 de 2014.

•Sujetos de especial protección en su papel en la familia•

como consumidor vulnerable y en tal sentido la regulación tendiente al suministro de energía tendrá por objeto garantizar la salud que permita mantener una:

“[...] temperatura adecuada en su vivienda, evitando la marginación social, mediante la imposibilidad de cortar el suministro de energía durante los meses más fríos del año o aplazando el pago de las facturas”. Tales medidas protectoras se encuadran en materia de asistencia social, como reconoce la representación procesal del Estado, que cuestiona únicamente el modo de articularlas. [...] En atención a las previsiones del art. 3 de la Directiva 2003/54/CE, y con la finalidad de establecer mecanismos adicionales de protección para colectivos vulnerables en el sector eléctrico, se crea por el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, un bono social para proteger la seguridad jurídica y confianza legítima de los consumidores más desprotegidos. [...] La renta per cápita familiar se limita a personas físicas en su vivienda habitual, el art. 2.1 prevé que hasta que se desarrollara lo previsto en el artículo 2, tendrían derecho al bono social los suministros de los consumidores, que siendo personas físicas, tuvieran una potencia contratada inferior a 3 kw en su vivienda habitual, los consumidores con 60 o más años de edad que acrediten ser pensionistas del Sistema de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente y viudedad y que percibieran las cuantías mínimas vigentes en cada momento para dichas clases de pensión con respecto a los titulares con cónyuge a cargo o a los titulares sin cónyuge que vivieran en una unidad económica unipersonal, así como los beneficiarios de pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez mayores de 60 años. Asimismo, se indica que tendrán derecho los consumidores que acrediten ser familias numerosas o que forman parte de una unidad familiar que tenga todos sus miembros en situación de desempleo. [...] A este respecto, el concepto de cliente vulnerable podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en períodos críticos⁷².

Desde el carácter genérico y omnicompreensivo de la familia

Es aquí donde el sujeto de derechos como integrante de una familia posee para sí mismo, pero también en relación con los demás integrantes, derechos que al

72 En sentencia del Tribunal Constitucional Español stc-62 de 2016, de 17 de marzo de 2016, mediante el Recurso de Inconstitucionalidad 5831-2014, interpuesto por la presidenta del Gobierno en funciones respecto del Decreto-Ley de Cataluña 6 de 2013, de 23 de diciembre “por el que se modifica la Ley 22 de 2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña”, se establecen las competencias sobre ordenación general de la economía y régimen energético: nulidad de los preceptos legales autonómicos que introducen un mecanismo de protección de la garantía del suministro eléctrico o de gas al consumidor vulnerable que contraviene la regulación básica estatal.

ostentar una titularidad tanto individual como grupal son de doble vía “al derecho y al deber”, estos son:

Derecho al honor e intimidad personal y familiar

Este derecho responsabiliza al sujeto mismo de su intimidad tanto personal como familiar, quien, en la actualidad con la tecnología invasiva, parece ser amenazado por la transferencia de información que hace parte de los aspectos íntimos y privados de las personas. Pero además dicho derecho se protege bajo la premisa de los principios que a la luz de la interpretación jurisprudencial e instrumentos internacionales permiten indicar: uno, la intimidad personal

alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado solo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponer a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizados aspectos íntimos de su vida.

Y dos la intimidad familiar

responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Sin embargo, este derecho tiene restricciones, no es absoluto, sus limitaciones deben respetar principios de razonabilidad y proporcionalidad, bajo los principios que protegen este derecho, como lo son los de la libertad, necesidad, finalidad, integridad y veracidad⁷³.

De la lectura del artículo 15 superior se vislumbra que el derecho a la “intimidad se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo”⁷⁴, y aún dentro de esta cada uno de sus integrantes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal. Ya con respecto a las relaciones que cada persona establece con quienes se hallan por fuera de su círculo

73 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-594 de 2014.

74 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-261 de 1995.

reservado sea el campo que sea (laboral, social, político, económico, jurídico, médico, deportivo entre otros), será su obligación e interés el separar claramente las materias propias de cada una de ellas de las que concierne al entorno privado, al menos que resulte estrictamente necesario para el cumplimiento del propósito como las relaciones entre médico y paciente⁷⁵.

Actualmente, uno de los escenarios en el que se es más vulnerable con respecto a la protección de la intimidad, es el riesgo que se corre con el uso de instrumentos tecnológicos de nueva generación, para esto ha dicho el Tribunal Constitucional de España que este derecho constitucional puede verse afectado por la misma persona sin darse cuenta en la medida en que revela su intimidad a través de ellos, si bien es cierto que sus datos personales están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, también lo es el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, videos, etc.) todo lo que en sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica; además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc.⁷⁶.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo Español ha indicado que

Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no solo el derecho al secreto de

75 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-261 de 1995.

76 Tribunal Constitucional Español, Sentencia stc 173 de 2011.

las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE [la Ley 2500/1978]), en la medida en que estos correos o *email*, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información⁷⁷.

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña que llama la atención por la cantidad de personas involucradas (29 acusados con nombres propios y otras personas anónimas), en un caso que le ocurrió a una joven adolescente, que denunció un supuesto de *sexting*, tras haberse realizado una foto a sí misma que guardada en su ordenador y fue distribuida por el técnico que lo reparó cuando se averió.

El acontecer de los hechos por su propio fluir provocó un *sexting* no autorizado de filmaciones íntimas de fuerte contenido sexual. Los delitos que se le imputan a los acusados son los de descubrimiento y revelación de secretos recogidos en los supuestos del artículo 197 del Código Penal (Ley 3996 de 1995)⁷⁸.

Otra situación actual que vulnera el derecho a la intimidad es el *child grooming*, expresión utilizada para referirse al abuso sexual de menores de edad a través de redes sociales e información virtual. Ahora bien, ese derecho no es vulnerado por los progenitores cuando estos han accedido a las cuentas de redes sociales o correos electrónicos de sus hijos con o sin su permiso, ya que puede ser de difícil acceso, estos actúan en razón y natural función de la patria potestad que ejercen a favor del menor. Así que los padres pueden acceder a las cuentas de las redes sociales de sus menores hijos con o sin sospecha que puedan estar siendo objeto de acoso sexual, así lo recalca el Tribunal Superior al definir el término de *grooming*, el cual comprende:

tanto a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor. En cuanto a la naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es

77 Tribunal Supremo Español, Sentencia STS de 17 de abril de 2013, Rec. 1641 de 2012.

78 Audiencia Provincial de la Coruña, Sentencia SAP Coruña 429 de 2014.

•Sujetos de especial protección en su papel en la familia•

un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años. La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien. Por ello, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de su libertad sexual. [...] Además del tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos⁷⁹.

Ni siquiera la intromisión de los padres en los espacios cibernéticos en los que se encuentran sus hijos, vulnera el libre desarrollo de su personalidad como se ve a continuación.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Este derecho es introducido por primera vez en el régimen constitucional de Colombia (art. 16 C. Pol./91), se predica exclusivamente de todas las personas naturales y se limita en la medida en que tiene una connotación positiva que consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida; y otra negativa que conlleva a que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial. Esto debido al carácter genérico y omnicomprensivo que se refiere a

aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida, esa opción es un derecho y deber de las personas a respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios⁸⁰.

79 Tribunal Superior Español (sts 823 de 2015). Fallo por el cual se condena por primera vez un caso de *grooming* en el que “un mayor de edad tenía cuentas abiertas en Facebook, Tuenti y Twitter y contactó con un menor, varón, y de 11 años de edad en aquel momento. Quedaron en varias ocasiones y el adulto llegó a regalar un móvil para comunicarse por WhatsApp y mensajes de voz. Se transcriben varias conversaciones en la que va induciendo a mantener contacto sexual por 20 euros. Se repiten varias conversaciones un tanto *hoygan* con el contenido siempre permanente de buscar el adulto relaciones sexuales con el menor por distintas cantidades y en algunos casos dando a entender que ya lo han hecho antes”.

80 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-479 de 2015.

Es, en últimas, un principio orientador, integrador y crítico que irradia a todos los derechos contenidos en la constitución, emana directamente del principio de dignidad humana; pero hay que tener en cuenta

que el hecho de que el libre desarrollo de la personalidad sea uno de los derechos personalísimos más importantes del individuo, implica, en ciertos casos, que su alcance y efectividad puedan ser ponderados frente a otros bienes y derechos constitucionales o que existan ámbitos en los cuales este derecho fundamental ostente una eficacia más reducida que en otros términos se podría entender así:

lo que este derecho protege son las opciones de vida que los individuos adoptan en uso de sus facultades de juicio y autodeterminación, es natural que la protección constitucional a las mismas sea más intensa cuanto más desarrolladas y maduras sean las facultades intelecto-volitivas de las personas con base en las cuales éstas deciden el sentido de su existencia⁸¹.

La generalidad de este derecho hace que en caso de su vulneración conlleve a la consecución de otros derechos el involucrarse incluso con el ámbito de la privacidad y relaciones de los individuos. Por ejemplo y como se mencionó, en el caso del derecho español en el estudio de debate entre el derecho a la intimidad de los menores y el deber de los padres en defender el interés de los hijos, el Tribunal Superior en Sala Penal ha confirmado que la información de datos obtenidos y aportados por una madre que accede a la cuenta de Facebook de su hija menor de edad como prueba de un delito de abuso sexual, sea o no con el permiso o autorización de su hija, es válida ante la sospecha de que la niña pudiera estar siendo víctima de ciberacoso, y, por tanto, no vulnera el derecho a la intimidad de los comunicantes, ya que ante espacios de privacidad e intimidad, sí pueden

verse sometidos a restricciones solo en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mante-

81 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-542 de 1992 y SU-642 de 1998. Bajo la misma línea, señala la Corte que tomar medidas restrictivas como imponer un modo de vestir, por parte de las instituciones y entidades del Estado a los ciudadanos y reservarse el derecho de admisión de estos vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, igualdad y administración como servicio público, principios y derechos fundamentales que pesan más que los intereses de la administración sostenidas en respeto, decoro, etiqueta, buena imagen y solemnidad. Por tanto, ordena a la Alcaldía de Neiva modificar una circular en la cual se restringe el ingreso a sus instalaciones de personas que vistan pantalonetas, camisetas sin mangas, franelillas, bermudas, chancas o gorras. La decisión fue tomada al amparar los derechos de un ciudadano al cual los vigilantes de la Alcaldía le impidieron su ingreso porque vestía bermudas y necesitaba consultar un trámite personalmente. Dichas medidas restringen de una manera muy intensa los principios y derechos fundamentales, lo cual no se justifica, si se tiene en cuenta el favorecimiento inexistente o muy leve de los fines que persigue (T-595 de 2017).

•Sujetos de especial protección en su papel en la familia•

ner la privacidad de determinada información y en el caso de que la madre accediera a esa cuenta ante los signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija, no desvela la intimidad⁸².

Antes, por el contrario, advierte que no se puede hacer recaer en los padres, obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de control:

No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil. Se trataba además de actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar. Tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, que cuando se trata además de impedir que se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores⁸³.

También, la cuestión sobre el derecho a la propia imagen versus la libertad de información para el caso de los personajes públicos, el alto Tribunal Español recuerda que

no se puede aceptar sin más que la captación de una imagen de un cuerpo desnudo o semidesnudo que tenga de hecho un interés noticiable y la satisfacción de la curiosidad ajena que conlleva la publicación de determinadas imágenes, tal como ha sido expulsado del concepto de interés noticiable tanto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁴.

como la del mismo Tribunal Constitucional⁸⁵, quien manifiesta que el interés noticiable dentro de la proporcionalidad inherente a toda ponderación de derechos fundamentales en conflicto, no puede conducir a

que la utilización de un *topless* por un personaje con proyección pública en la playa autorice, por ello, la captación de la imagen y su difusión sin consentimiento, le satisface o no el resultado, ya que es evidente que no es lo mismo estar sometido a las

82 Tribunal Superior Español, Sentencia STS 5809 de 2015.

83 Tribunal Superior Español, Sentencia STS 5809 de 2015.

84 Sentencia de 24 de junio de 2004 caso Von Hannover c. Alemania.

85 Sentencias STC 72 de 2007, 77 de 2009 y 158 de 2009 y Auto ATC 28 de 2004.

miradas ajenas en un medio idóneo como lo es una playa, a que ello sea un indicio de que la persona que voluntariamente exhibe parte de su cuerpo en un lugar que es un uso social vestirse o desvestirse así, consiente en que su imagen sea tomada, en esta forma, y mucho menos exhibida en la portada y páginas interiores de una revista de gran tirada y en fotografías de gran tamaño.

Dentro de la lógica constitucional

el interés informativo y el noticiable quedan solapados por el verdadero interés subyacente que es el económico de la empresa difusora que generó una jugosa tirada de la edición a consecuencia de las imágenes. Cualquier actuación invasiva de la vida privada de las personas resulta ser desproporcionada en la captación no consentida y subrepticia de su cuerpo y su difusión a nivel nacional; el interés público de los programas de entretenimiento no puede anteponerse a los derechos también constitucionales de carácter individual, o el interés ajeno al derecho a la capacitación de los rasgos físicos de una persona. El límite al derecho a la libertad de información ha de ser necesariamente más tenue que el que faculta a una intromisión en los derechos al honor e intimidad; para lo cual se requiere descartar el interés público del reportaje o publicación. La proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar. Por tanto, toda publicación carente de relevancia pública necesaria no puede ampararse en el derecho fundamental a comunicar libremente información⁸⁶.

Para analizar y sopesar la tensión que se pueden presentar entre estos derechos ha de hacerse entendiendo a

las circunstancias concurrentes en cada caso, con una panoplia de criterios convergentes, entre ellos, el tipo de libertad ejercitada, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido. Es la ponderación que, en su esencia, como operación de lógica jurídica, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar y cuando entran en conflicto o colisión estos derechos fundamentales, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión⁸⁷.

86 Tribunal Superior Constitucional, Sentencia STC-19 de 2014, por medio de la cual otorga el amparo solicitado y se restablece el derecho lesionado a la propia imagen por reportaje fotográfico carente de relevancia pública.

87 Tribunal Constitucional español, Sentencia STC 171 de 1990.

•Sujetos de especial protección en su papel en la familia•

Es de mencionar que a la luz de la Constitución española, al no reconocer un derecho a la vida familiar en los términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.1 CEDH, se reafirma que tal derecho no forma parte del derecho a la intimidad garantizado por el artículo 18.1 de la CE⁸⁸.

Derecho a la personalidad jurídica y derecho a la igualdad

El derecho a la personalidad jurídica se predica del derecho a la igualdad que como derecho genérico es básico y se correlaciona con su reconocimiento (arts. 13 y 14 C. Pol./91) y que amparados bajo la DUDH, modifica los contenidos legales del Código Civil colombiano relativos al significado de la expresión *persona*, entendiéndose que los son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición (arts. 73 y 74 del cc)⁸⁹.

Concebir a la persona y su alcance del derecho a la personalidad jurídica es parte sustancial en los estados constitucionales modernos, y en la Constitución Política de 1991 dicho derecho es una manifestación del principio de igualdad, son los ciudadanos titulares de todas las posiciones jurídicas relacionadas con sus intereses y actividades, además sujetos dotados de capacidad jurídica; el derecho fundamental a la personalidad jurídica está reconocido en el artículo 14, el que no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana para ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones, sino que comprende la posibilidad de que todo ser humano ostenta determinados atributos que constituyen su esencia, es decir, comprende las características propias de la persona⁹⁰.

La personalidad jurídica consiste en la posibilidad de que todo ser humano tenga, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición⁹¹,

88 Tribunal Constitucional español, Sentencia stc 131 de 2016.

89 Mediante la Sentencia C-804 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana, se declaró parcialmente inexecutable el artículo 33 del cc en el entendido que: "Las palabras *hombre, persona, niño, adulto* y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán que comprenden ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras *mujer, niña, viuda*, y otras semejantes que designan el sexo femenino, no se aplicarán a otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él".

90 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-486 de 1993 y C-109 de 1995.

91 Eliminada expresión *discapacitado*, incluida en el Sistema Nacional de Discapacidad. Por medio de la Sentencia C-147 de 2017 la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión *al discapacitado* y la substituyó por

determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individual como sujeto de derecho, esto va más allá de la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones; toda vez que los atributos de la personalidad jurídica le son propios a todo ser humano, así lo reconoce la Carta Política al individuo como sujeto principal de derecho, cuyos atributos tienen valor eminente, estos son el *nombre*, el *domicilio*, el *estado civil*, el *patrimonio*, la *nacionalidad*, la *capacidad* y la *filiación*, por cuanto está indisolublemente ligada al estado civil de la persona⁹².

En razón a ese sujeto de derechos, dichos atributos son considerados por la Corte Constitucional así: con respecto al *nombre* es constituyente de los atributos de la personalidad jurídica, puede ser limitado cuando la utilización de este restrinja irrazonablemente o vulnere otros valores o derechos constitucionales o constituyan claramente una apología a la violencia, incluso puede resultar abusivo llamarse de tal forma, que se torne imposible para las autoridades correspondientes cumplir la función de identificar a la persona; pues el nombre cumple una función de identificación (T-168 de 2005). A su paso, el derecho al *honor* ligado con el del *buen nombre* se refiere a la reputación o el concepto que de una persona tienen los demás; por lo que la protección de todos estos derechos es el respeto absoluto dentro de espacios democráticos y plurales T-478 de 2015. El *patrimonio* compone un conjunto de relaciones jurídicas *universitas iuris*, como esfera jurídica de la persona está constituida por la totalidad de los derechos, deberes y demás situaciones subjetivas que le competen; la *instrumentalidad* o creación jurídica propiamente dicha lleva a la satisfacción de las necesidades de

persona en condición de discapacidad, establecida en el artículo 2 de la Ley 1145 de 2007, que organiza el Sistema Nacional de Discapacidad. Indicó que existe un marco normativo constitucional de protección a la población en condición de discapacidad, el cual elimina cualquier forma de desconocimiento de la dignidad humana, incluido el léxico utilizado en las normas. Preciso que el término atacado es inconstitucional, ya que desconoció el deber de neutralidad del legislador y no tiene la naturaleza de definición técnico-jurídica. Por el contrario, configuraba un escenario de vulneración de la dignidad humana de las personas en condición de discapacidad, dado que redujo su identificación a su condición de discapacidad y desconoció su esencia misma de ser humano. Igualmente, afirmó que esta expresión se apartó de los artículos 1 y 13 de la Constitución Política, toda vez que no introdujo el modelo social de discapacidad como referente de interpretación que trate a las personas con dignidad, en el sentido de que el legislador utilizó una expresión que desconoció la diversidad funcional de las personas. En virtud de lo anterior, la Corte dispuso aplicar el precedente establecido en la Sentencia C-458 de 2015 y declaró la inanequibilidad indicada y la sustituyó por la expresión *persona en condición de discapacidad*.

92 La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-109 de 1995 indica que: no puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ello equivaldría a privarlos de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones como mínima expresión de la personalidad.

su titular⁹³. El *estado civil* es uno de los atributos más importantes de la personalidad jurídica, toda vez que a través de este se logra identificar y diferenciar a la persona del resto de ciudadanos, cuando se carece de certeza sobre este, no es posible que la persona se logre ubicar en su núcleo familiar y social, garantiza en últimas su derecho a la identidad (T-488 de 1999); y uno de los elementos necesarios para ello es el registro civil, mediante el cual se reconoce la titularidad de los derechos y servicios a los que se tiene derecho por el simple hecho de existir (T-963 de 2001). Este registro vincula la *filiación* que como derecho fundamental que le asisten a los menores de edad se incorpora a los atributos de la personalidad jurídica (SU-696 de 2015). La *nacionalidad* definida en el artículo 96 de la C. Pol./91 se concibe desde una perspectiva clásica como atributo que el Estado le otorga a sus ciudadanos, dicho derecho evoluciona y reviste el carácter de humano (SU-696 de 2015); se erige como un verdadero derecho fundamental en tres dimensiones: el derecho de adquirir una nacionalidad, el derecho a no ser privado de ella y el derecho a cambiarla; el hecho de ser reconocido como nacional permite además que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades inherentes a la pertenencia a una comunidad política (C-451 de 2015). El *domicilio* tiene como objeto relacionar a la persona con un lugar donde habitualmente desarrolla sus actuaciones jurídicas, busca vincularla jurídicamente con un lugar determinado, lo que significa que solamente actúe o pueda hacerlo ahí (A-152 de 2009).

El Código Civil español, por su parte, regula la atribución de la condición de persona en los artículos 29-34, establece que la personalidad jurídica se manifiesta en la capacidad de ser titular del conjunto de derechos y obligaciones y de relacionarse jurídicamente. Así lo considera el Tribunal Constitucional en la Sentencia 31 de 2017 que, en particular, en los procesos sobre capacidad de las personas reitera que

ya en relación con el procedimiento de incapacitación y la relevancia de los intereses que en él se ventilan, este Tribunal ha puesto de manifiesto que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de

93 Sobre el tema puede consultarse Salvador Morales Ferrer y Sandra Milena Daza Coronado, *El concepto de patrimonio y su aplicación en España* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016).

obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidas legalmente que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia de la causa y fundamento de su incapacitación, se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contraria al art. 24.2 CE⁹⁴.

Para el proceso de declaración de discapacidad señala el Tribunal en stc 34 de 2016 que además que

en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación⁹⁵.

Conclusión

El papel de los sujetos en la familia impone armonizar los principios constitucionales y derechos fundamentales en búsqueda de la relación entre derecho y

94 El Tribunal Constitucional español reitera lo considerado en las sentencias stc 2 de 2011 y stc 174 de 2001.

95 En igual sentido, cita en reiteración la stc 174 de 2002.

sociedad como función no solamente garantista sino activa del Estado social de derecho. Es por ello que la protección constitucional que recibe la familia obedece a la protección que se encuentra en cabeza de cada uno de sus integrantes.

Es así como la familia, bajo el imperativo de un interés superior, supone la existencia de normas jurídicas que asignen al grupo familiar y a cada uno de los sujetos algún tipo de consideración diferencial para el goce de los derechos, a través de fundamentos constitucionales. Esta protección genera que los vínculos naturales y jurídicos entre las personas trascienda los modelos tradicionales de la familia en manifestación del principio constitucional de solidaridad.

Entonces, la normatividad superior colombiana y española establece una protección especial a los integrantes de la familia empezando por los niños, sostenido en que la prevalencia de sus derechos va más allá de considerar una protección constitucional y es la efectivización clara, expresa y precisa en los casos que por una ausencia normativa se evidencia la vulneración de los mismos. Que, para continuar con su proyecto de vida, el paso del menor a su adolescencia reviste de gran atención y requiere de la continuidad de sujeto de especial protección constitucional reforzada, su comportamiento dentro del ámbito del derecho civil y familiar no puede seguir siendo el escenario de amenaza o vulneración de derechos, sino por el contrario la continuidad de su protección, cumplimiento y garantía. Al igual que la mujer en cada una de las etapas de su vida.

A su turno el adulto mayor también es objeto de especial protección constitucional, a quien el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para su protección y asistencia para promover su integración a la vida activa y comunitaria. El avance en el desarrollo jurisprudencial sobre el adulto mayor, en el derecho español constituye una serie de prebendas para la garantía de sus derechos; en el Estado colombiano todos los derechos revisten de carácter fundamental cuando su titular es un adulto mayor, sin embargo, carece de efectivas políticas públicas para su real y concreta protección.

Aún los Estados y el derecho tienen mucho por hacer en búsqueda de la armonización del ordenamiento jurídico, tanto el existente como la mora normativa ante los nuevos cambios y retos que trae consigo la megadiversidad que caracteriza la sociedad y familia actuales. Este estudio preliminar espera contribuir y despertar en los lectores lo que amerita investigar individual y profundamente cada

uno de los sujetos de derechos y su papel en las instituciones jurídico familiares aquí esbozadas genéricamente.

Hoy la diversidad familiar tanto en Colombia como en España no puede pasar desapercibida e ignorada por la óptica jurídica cuando puede verse comprometida por el reconocimiento, garantía y protección de derechos universales que le asisten no solo al grupo como tal, sino a cada uno de los sujetos que comportan individualmente un universo de comportamientos totalmente dinámicos que, en algunos casos, no tienen soporte legal, lo que ha conllevado a ser resueltos en gran parte por la jurisprudencia constitucional, puesto que, ante la indiferencia normativa, es más que una necesidad la reclamación al derecho por permear ante las nuevas formas de constituirse la familia, y las distintas interpretaciones que se hagan de ella, no pueden desconocer que la Constitución no contiene solo principios, sino verdaderos derechos previamente declarados, que en últimas están en cabeza de cada uno de los sujetos quienes determinan la protección constitucional que recibe la familia.

Referencias

- Abramovich, Víctor. *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina*. Documento preparado para: “Derechos y desarrollo en América Latina: Una reunión de trabajo”. Santiago de Chile: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2004.
- Aguado Renedo, César. “Familia, matrimonio y Constitución Española”. En *Derecho de Familia*, de Gema Díez-Picazo Giménez. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012.
- Arana de la Fuente, Isabel. “Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa de matrimonio”. En *Derecho de familia*, de Gema Díez-Picazo Giménez. Navarra: Thomson Reuters, 2012.
- Cantero Núñez, Federico. *Uniones de hecho*, vol. 1, de *Instituciones de derecho privado*, tomo IV. Madrid: Civitas, 2001.
- Cañizares Laso, Ana. “Obligaciones familiares básicas”. En *Derecho de familia*, de Gema Díez-Picazo Giménez. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012.
- Castillo Rugeles, Jorge Antonio. *Derecho de familia*, 2.^a edición. Bogotá: Leyer, 2004.
- Courtis, Christian. “Los derechos sociales como derechos”. *Los derechos fundamentales. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. SELA. Maipú, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto s. r. l., 2003, 2001.

•Sujetos de especial protección en su papel en la familia•

Daza Coronado, Sandra Milena. *Derecho de familia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2014.

—. *Mujer, familia y sociedad, hacia un nuevo derecho en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.

—. *El papel de la mujer en la familia, un desafío constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2011.

Fernández Nieto, Josefa. “Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de *sexting* y *grooming*. Letrado de la Administración de Justicia”. *Diario La Ley*, 3 de marzo de 2016; Ref. D-93.

García de Blas, Valentín y María Luisa Fernández. *El matrimonio, realidad social e institución jurídica*, vol. 1, de *Instituciones de derecho privado*, tomo IV. Madrid: Civitas, 2001.

Garrido de Palma, Víctor M. *Capitulaciones matrimoniales y régimen económico familiar*, vol. 1, de *Instituciones de derecho privado*, tomo IV. Madrid: Civitas, 2001.

Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Traducido por Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, S. L., 2003.

Martínez Dalmau, Rubén y Roberto Viciano Pastor. “La Constitución democrática entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”. *Debates Constitucionales en Nuestra América-El Otro Derecho* (ILSA), n.º 48 (2013).

Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos. *Diagnóstico sobre el derecho de familia*. Madrid: Rialp, 1996.

Monroy Cabra, Marco. *Derecho de familia y de menores*, 2.ª edición. Bogotá: Wilches, 2010.

Morales Ferrer, Salvador. “La situación jurídica de la convivencia surgida entre personas del mismo sexo en España”. En *Derecho de familia*, de Sandra Milena Daza Coronado. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2014.

Morales Ferrer, Salvador y Sandra Milena Daza Coronado. *El concepto de patrimonio y su aplicación en España*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.

Morales Ferrer, Salvador, y Sandra Milena Daza Coronado. “El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España”. *Novum Jus* 10, n.º 2 (julio-diciembre de 2016): 11-34.

Moreno Antón, María. “El matrimonio en forma religiosa. La eficacia civil del matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico”. En *Derecho de familia*, de Gema Díez-Picazo Giménez. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012.

Sánchez Ferriz, Remedio. *Estudio sobre libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

Silva Castaño, María Luisa. *Delincuencia en el ámbito familiar: la violencia de género*, vol. 1, de *Instituciones de derecho privado*, tomo IV. Madrid: Civitas, 2001.

Suárez Franco, Roberto. *Derecho de familia*, vol. 1. Bogotá: Temis, 1979.

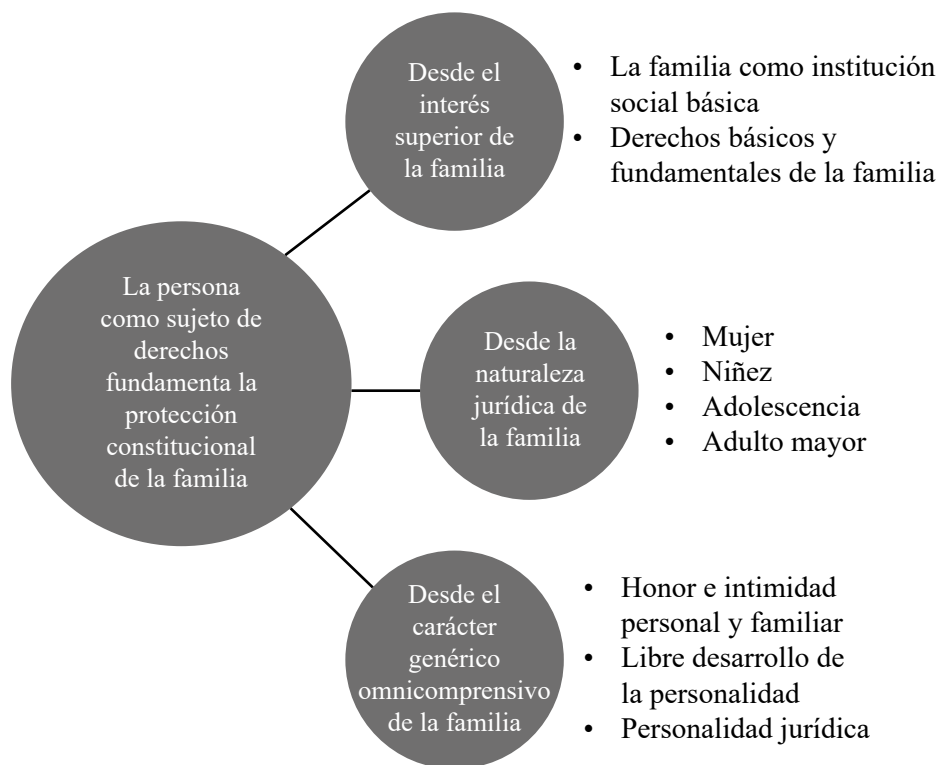
Vásquez-Pastor Jiménez, Lucía. “La potestad paterna a lo largo de la historia”. En *Derecho de familia*, de Gema Díez-Picazo Giménez. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012.

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional Español: (STC 186/2013) (Auto 161/2011) (STC 95/2016). (STC 292/2000) (STC 159/2016) (STC 59/2008) (STC 116/99) (STC 154/2006) y (STC 200/2001) (STC 141/2000). (STC 133/2010) STC-62/2016 (C-594/14) (STC 173/2011). STC 72/2007, 77/2009 y 158/2009 y Auto ATC 28/2004 (STC-19/2014) (STC 171/1990). (STC 131/2016). STC 2/2011 y STC 174/2001 STC 174/2002.
- Tribunal Supremo Español: (STS de 17 de abril de 2013, Rec. 1641/2012) (STS 823/2015) (STS 5809/2015).
- Audiencia Provincial de la Coruña (SAP Coruña 429/2014).
- Corte Constitucional Colombiana: C-241/12 y la C-577/11. Auto 134/11 T-226/10 (T-698/16) (T-652/17) (T-594/16) T-629 de 2010 (T-423/17). (T-587/17) (T-074/16) SU-056/95; C-106/95; T-411/95; T-478/15 (C-741/15) T-197/93 (T-460/97). (T-590/17) (T-027/17) (T-292/16) y (T-705/16) (T-336/17). (T-77/16). (T-098/94), (T-293/17) y (T-326/95 y T-247/10). (T-293/17). (T-450A/13) (T-365/17) (T-583/04). (T-259/98). (T-426/92) y (T-025/16) (T-261/95) (T-479/15) (T-542/92) y (SU-642/98) (T-595/17). C-804 de 2006 (C-486/93) y (C-109/95). (C-109/95).
- Consejo de Estado de Colombia: Expediente 2001-00757 de fecha 11 de julio de 2013.

Anexo

Cuadro 1. Los sujetos de derecho como fundamentos constitucionales de la familia



LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO SUJETO DE DERECHO

Juan David Salamanca Cruz¹

¿Qué pasará con los humanos si los investigadores en inteligencia artificial triunfan, obligándonos a compartir el mundo con entidades más hábiles que nosotros mismos?

Daniel Crevier²

Introducción

Los continuos cambios sociales son el primer y más importante nutriente del derecho. Así como la realidad tiene transformaciones constantes y, en ocasiones inesperadas, obligan al jurista a buscar la actualización constante del derecho, lo que evita que se convierta en fugitivo de su tiempo, un operador de reglas obsoletas, inconducentes o alejadas de soluciones prácticas que permitan y faciliten la convivencia. Estas premisas aplican para todos los conceptos y principios que

1 Juan David Salamanca Cruz. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia en las cátedras de Derecho Comercial, Contratos, Introducción al Derecho, Derecho Civil General y Personas, Derecho Notarial, Sucesiones, entre otras electivas. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial, con título de Maestría en Derecho Privado ambos de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Colombia y diplomado en Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

2 Daniel Crevier, *La tumultuosa historia de la búsqueda de la inteligencia artificial*, 1.ª ed. (Quebec: Harper Collins, 1993).

rigen el sistema normativo y ninguno se encuentra alejado de ellos, por fundamental que parezca.

Esta situación empieza a ser aplicable para un concepto tan arraigado en las teorías jurídicas y en el ordenamiento colombiano como el de *sujeto de derecho*, pilar esencial y determinante para la atribución de derechos y obligaciones, así como su efectividad y goce en la vida cotidiana. Justo cuando se pensaba que estas tenían un carácter taxativo y que difícilmente se podría comprobar que existen otros centros de imputación jurídica; los acontecimientos sociales revelan que es posible la inclusión de nuevos actores, con plena facultad y relevancia para ser tenidos en cuenta como sujetos dignos de protección y facultados para reclamar el respeto y la protección de sus derechos.

Recientemente, la Honorable Corte Constitucional de Colombia reconoció como sujeto de derechos al medio ambiente, esta vez representado a través de la cuenca del río Atrato³, alterando uno de los criterios esenciales para la caracterización de la definición del concepto de sujeto, esto es que se trate de una persona, con existencia ideal o de existencia visible, por lo que, si bien este no será el eje central del estudio, comprueba la necesidad de estudiar y ajustar estos preceptos, con el fin de hacerlos acordes con las nuevas circunstancias sociales.

Así como la necesidad de cuidado del medio ambiente motivó su reconocimiento como sujeto de derecho, un elemento social relevante que va por el mismo camino proviene del uso de la tecnología, entendida como el conjunto de teorías y técnicas que facilitan el uso práctico de los conocimientos científicos⁴, la cual ha avanzado a pasos agigantados, logrando cambiar los hábitos rutinarios de consumo, interacción social y desarrollo económico, todos en pro de facilitar y mejorar la calidad de vida.

Es tanto el avance que la tecnología ha tenido en las últimas décadas, que ya no se aprecia solamente como una herramienta sino como un suplantador, que no solo es en muchas ocasiones más eficiente y capaz, sino que también es cada vez

3 Corte Constitucional Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, reconoció a la cuenca del río Atrato como entidad sujeta de derechos, con el fin de proteger de manera integral la flora, fauna y garantías de derechos de comunidades étnicas que viven del río, sus afluentes, o del ecosistema circundante.

4 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23 edición, vol. 1 (Madrid, Espasa Libros S. L. U., 2014).

más autónomo, en la medida en que razona, experimenta y construye experiencias por sí mismo y cada vez necesita menos del estímulo humano inicial.

Dicho en otras palabras, la tecnología ha avanzado a un punto en que está dejando de ser una herramienta complementaria para el desarrollo de las tareas humanas, para convertirse en un ser independiente, capacitado para resolver problemas específicos, al punto que adquiere nuevas destrezas por su propia cuenta y es capaz de procesarlas para mejorarlas; lo anterior sin dejar de lado su capacidad actual para resolver por sí misma problemas de la vida cotidiana, así como aquellos que se creía correspondían a la esfera íntima de las personas⁵.

Una vez comprendidas estas posibilidades, se hace evidente la necesidad de plantear un nuevo estatus de reconocimiento jurídico a esta nueva clasificación de entidades o conciencias, entendidas en ocasiones bajo el concepto de “ciudadano digital”⁶, el cual, mediante la percepción y formulación propia de algoritmos⁷ logra resolver problemas. Entre más logre cumplir con esta labor, se llegará a un desenlace inevitable consistente en el surgimiento de una nueva categoría de sujeto de derecho, tal y como se propone a continuación.

El concepto de “sujeto de derecho”

El Código Civil colombiano no define de manera clara y definitiva los conceptos de persona ni de sujeto de derecho. En cuanto a la primera establece en su artículo 73 que esta se clasifica en naturales y jurídicas. En el siguiente artículo señala que las personas naturales son todos los individuos de la especie humana, en tanto que el artículo 633 de la misma obra indica que son personas jurídicas “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”⁸.

Más que a la concepción de persona como ente viviente y sintiente, la doctrina y la ley han establecido que el sujeto de derecho es un centro de imputación jurídica, a quien se le pueden atribuir derechos y obligaciones, o están en

5 Swatilekha Chakraborty y Rishabh Bhojwani, “Artificial Intelligence and humans rights: Are they Convergent or parallel to each other”. *Novum Jus* 12, n.º 2 (2018): 19-38.

6 José Manuel Robles, *Ciudadanía digital. Una introducción a un nuevo concepto de ciudadano* (Barcelona: Editorial uoc, 2009): 56.

7 Diego Martínez Caro, *El yo y la máquina, cerebro, mente e inteligencia artificial* (Madrid: Palabra, 2012), 138.

8 Congreso de la República, Código Civil colombiano, Ley 57 de 1887, arts. 73, 74 y 633.

posibilidad de asumirlos⁹, situación que lleva a una concepción más amplia que el concepto de persona, puesto que el sujeto conlleva el concepto de relación jurídica, mientras el de persona se refiere al ser individualmente considerado.

Pero históricamente no siempre se ha tenido la misma concepción: en lo que respecta a la persona, durante el imperio romano el concepto ya había sido concebido, pero se aplicaba de manera distinta. No todo ser humano era persona, solo los ciudadanos libres ostentaban tal categoría, puesto que se daba un reconocimiento sociocultural constitutivo del ser humano¹⁰ lo que quiere decir que los esclavos, a manera de ejemplo, no gozaban de tal consideración y pasaban a ser simples cosas o mercancías de intercambio que tenían como finalidad satisfacer una necesidad particular del ciudadano que lo hubiera adquirido¹¹. En resumen, la persona era concebida como esa individualidad humana, con capacidad de comunicarse, con la facultad de tener una relación intersubjetiva o social con otros¹².

En lo que se refiere a la definición del concepto de sujeto, una aproximación se encuentra en lo dicho por el filósofo Immanuel Kant, para quien el sujeto es aquel ser sensible, construido artificialmente, capaz de iniciar una acción perceptible en el mundo de los sentidos a partir de sus decisiones libres, las cuales son susceptibles de juicio¹³, dándole curso a la pandectística alemana. Esto le da una connotación superior al mero concepto de persona, dejando al de *sujeto* en un escalón superior, puesto que no se limita a considerar la mera existencia, sino en las repercusiones que sus actos generan en aquellos que los perciben.

A partir de estas prerrogativas, este concepto fue evolucionando, inicialmente para considerar otras figuras distintas a la especie humana que pudieran encajar dentro de dicho concepto. Es así como en su momento pensadores como Savigny contemplaron esta figura para que cumpliera con un fin jurídico determinado¹⁴.

9 Arturo Alessandri Rodríguez, *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general*, tomo I (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 497.

10 Javier San Martín Sala, *Antropología filosófica II vida humana, persona y cultura* (Madrid: UNED, 2015), 27.

11 Carlos J. Medellín Aldana y Carlos Medellín Forero, *Lecciones de derecho romano* (Bogotá: Temis, 2000).

12 Fernando Betancourt *Derecho romano clásico* (Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007), 51.

13 Julián Carvajal Córdón, *Moral, derecho y política en Immanuel Kant* (Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1999), 347.

14 Federico Carlos de Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, tomo II (Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879), 60.

Desde este momento el concepto ha venido ampliándose de manera progresiva, hasta el punto de establecer las prerrogativas propias de la figura al medio ambiente, o a animales en particular como es el caso del oso Chucho, quien fue objeto de protección mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁵.

Ahora bien, la evolución y valoración de estos conceptos en los ordenamientos jurídicos tiene como finalidad la protección y garantía de los derechos de la persona natural inicialmente entendiéndola como principio y fin de su existencia, sin desconocer las nuevas figuras que entran en el concepto y son dignas de las mismas prerrogativas, en cuanto pueden establecer vínculos jurídicos que los colocan en posición de reclamar o comprometerse a cumplir con determinada prestación¹⁶.

La aceptación de entidades distintas a las personas naturales dentro de la categoría de sujetos de derecho obedece a su aproximación con el criterio de humanidad, lo que hace factible establecer una reglamentación de las conductas de los sujetos de derecho, considerando que la humanidad ha logrado sus mayores avances a través de la organización o el establecimiento de una “sociedad” o contrato social, el cual es fuente de desarrollo a través del ejercicio de la convivencia conjunta¹⁷.

Con el ánimo de darle garantía y protección de sus derechos, así como de exigibilidad de sus obligaciones, se establece entonces la figura del sujeto de derecho, entendido este como aquella entidad susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, ejerciendo sus capacidades¹⁸, o en la concepción de Hans Kelsen: “un portador de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, donde el portador puede no ser solo hombre, sino también otros entes”; esto quiere decir que se refiere a aquella unidad sobre la que la ley efectúa imputaciones directas, arrogándole derechos y obligaciones.

15 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de julio de 2017, Rad. 17001-22-13-000-2017-00468-02 M. P. Fernando Castillo Cadena.

16 Hans Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática* (Barcelona: Ariel, 1987), 28.

17 Cornelius Castoriadis, “Marx y Freud. Imaginación, socialización, sublimación, autonomía”. *Ensayo y Error*, n.º 2, año 1 (abril de 1977): 162-163.

18 Álvaro Ortiz Monsalve y Arturo Valencia Zea, *Derecho civil*, 18 edición (Bogotá: Temis, 2016), 407.

De acuerdo con la explicación anterior, actualmente es posible atribuir el estatus de sujeto de derechos a entidades tales como personas naturales, personas jurídicas, sistemas medioambientales, animales, patrimonios autónomos, entre los más relevantes, los cuales ocupan una categoría especial dentro de los sistemas jurídicos alrededor del mundo y sobre estos es posible predicar una serie de características a saber. Para el derecho, los únicos sujetos de derecho son las personas, que pueden ser de existencia ideal o de existencia visible. La existencia jurídica comienza, según la legislación colombiana, con el nacimiento¹⁹, cuyo objeto es reconocer derechos y obligaciones al ser humano.

En primer lugar, se encuentra el reconocimiento y respeto de una serie de valores y prerrogativas tales como la libertad, la dignidad, la autonomía, la capacidad de goce y ejercicio de sus derechos, la facultad de contraer obligaciones, lo que lo convierte en titular de estos y cuenta con la facultad de exigir judicialmente su protección.

En segundo lugar, también se le atribuye una carga consistente en asumir obligaciones frente a su entorno social o comunidad en la que habita, sin perjuicio de los compromisos que adquiera a través de acuerdos con otros sujetos, frente a los cuales contrae responsabilidades y cargas. De manera general, se puede concluir que este sujeto de derecho es destinatario de los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos que cada situación en particular le permita atribuirse²⁰.

Superando las definiciones legales descritas y considerando que la determinación de las facultades de la persona no solo puede establecerse desde una visión jurídica, sino que, por el contrario, esta deviene de otras visiones de carácter semántico, social, político, familiar, entre otros aspectos²¹, es importante entender que las necesidades de interacción de dicha persona con otros individuos se convierten en el fundamento para la determinación de sus garantías mínimas a observar, que se entenderán también como los atributos de la personalidad, elevándola al estatus de sujeto de derechos.

19 Sin que por ello pueda afirmarse que se niega al *nasciturus*. La existencia biológica comienza con la concepción. Prueba de ello es que la legislación colombiana otorga una serie de garantías al *nasciturus*, tanto para prevenir los daños que se le puedan causar como para reprimirlos. Además, contempla la posibilidad de que llegue a ser titular de derechos patrimoniales, si alcanza el estatus de persona. Artículos 90 y siguientes del Código Civil.

20 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2008), 102.

21 Juan Enrique Medina Pabón, *Derecho civil, aproximación al derecho, derecho de personas*, 5.ª ed. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 473.

La categoría de atributos de la personalidad nace con las concepciones pandectísticas²² del siglo XIX, considerando que en aquella época no se buscaba la determinación literal de las garantías que se le pudiesen atribuir a la persona, sino el desarrollo de principios establecidos en el derecho romano que cobraran validez en aquel momento.

Para sustentar su reconocimiento como persona, cuenta con una serie de prerrogativas generales, que se explicarán a continuación.

La primera de ellas consiste en la *capacidad jurídica*, entendida esta como la facultad que el ordenamiento jurídico le otorga a un ser o entidad para ser titular de derechos y obligaciones, así como para asumirlas personalmente. Esta, a su vez, se deriva, por una parte, en la *capacidad de goce*, entendida como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la *capacidad de obra*, que no es cosa distinta a la facultad de obrar directamente en representación de los intereses propios²³ y que sus actos sean reconocidos y tengan la relevancia suficiente dentro del mundo jurídico.

Ahora bien, en tanto la insuficiencia jurídica obliga al reemplazo del concepto de persona por el de sujeto de derechos, junto con la consecuente evolución del concepto de derechos subjetivos, se incorpora un tercer elemento adicional conocido como la *autonomía de la voluntad*, entendida esta como la facultad de autodeterminarse, más allá de la connotación de derecho público o privado²⁴, tomar decisiones propias que generen consecuencias directas en sus derechos e intereses, atendiendo a sus necesidades, criterio formado sobre el asunto, su conocimiento y siendo resultado de un ejercicio de ponderación.

Al profundizar en el tercer elemento referido, es necesario explicar que dicha autonomía se exterioriza o expresa válidamente una vez se cumplan los requisitos necesarios para obligarse, establecidos en nuestro Código Civil y que consisten en la capacidad o facultad, voluntad libre de vicios, que la declaración del caso

22 Elvira López Díaz, *Iniciación al derecho* (Madrid: Delta, 2006), 289.

23 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4.ª edición (Bogotá: Temis, 1998).

24 Juan Jacobo Calderón Villegas, *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011), 7.

coincida plenamente con la voluntad dictada por el ser²⁵, así como una causa y objeto lícitos, en atención a lo establecido en el artículo 1502 cc.

En lo que respecta a la persona y su capacidad, si bien la regla general establece que implica la atribución de derechos y obligaciones, es claro también la existencia de sujetos sobre los que recaen derechos, pero no obligaciones por las cuales responder²⁶.

De acuerdo con el breve análisis de este aspecto, se tiene que, por el mero hecho de su existencia, a los sujetos de derecho les son atribuibles derechos, aun cuando no a todos se les pueden imponer obligaciones, por no contar en ocasiones con la posibilidad o capacidad suficiente para comprenderlas y asumirlas. El ejercicio de estos derechos consistirá en actos voluntarios, más que inteligentes, entendiendo que los segundos se derivan del saber, o conocimiento, antes que del querer²⁷. Para efectos de análisis posteriores tampoco se establece en este

25 Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 40.

26 Tal es el caso del *nasciturus* o aquel que está por nacer. Es claro que, aun cuando no se es persona por el hecho de no haber nacido al no haberse desprendido completamente del cuerpo de la madre y respirar autónomamente un instante siquiera, se es merecedor de una protección jurídica especial, desde el punto de vista constitucional, en su visión local y supranacional. Esta situación es explicada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del Estado social de derecho, ha reconocido que el *nasciturus* es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales. La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Tanto así, que en desarrollo de los preceptos constitucionales, la legislación penal castiga severamente las conductas que conducen al menoscabo de dichos intereses (art. 343 Código Penal), y la civil concede facultades expresas al juez para custodiarlos (art. 91 Código Civil)". (Cursivas fuera de texto). Corte Constitucional, Sentencia T-223 del 18 de mayo de 1998. Expediente T-150.960, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En el mismo sentido en Sentencia C-591 de 1995, la Corte Constitucional previno:

"Desde el momento de su nacimiento, el hombre es persona, tiene personalidad jurídica. Tiene un estado civil, atributo de la personalidad. Y si antes de ese momento la ley, como lo hace el artículo 93, permite que estén suspensos los derechos que le corresponderían si hubiese nacido, ello obedece a razones de diverso orden: morales, de justicia, políticas, etc. Razones, en fin, que hacen que el legislador dicte normas acordes con las ideas y costumbres correspondientes a un determinado momento histórico. La norma del artículo 1019, por ejemplo, que permite al concebido cuando fallece la persona de cuya sucesión se trata, heredar si finalmente nace, obedece a un criterio de justicia. De otra parte, la regla según la cual "el concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable", desarrollada en múltiples normas legales, resume las ideas generales en torno a este asunto". Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 7 de diciembre de 1995. Expediente D-973, M. P. Jorge Arango Mejía.

27 María Lacalle Noriega, *La persona como sujeto de derecho* (Madrid: Dykinson, 2014), 32.

caso el requisito de la conciencia o autonomía del ente para reconocerle el estatus de sujeto de derechos, tales son los casos mencionados como el *nasciturus*, los animales o sistemas medioambientales.

Otro aspecto relevante es que para el reconocimiento de la existencia de sujetos de derecho, ni siquiera es requisito que este exista de manera física o perceptible por las demás personas a través de sus sentidos, este es el caso de las personas jurídicas, las cuales, si bien son consideradas como una ficción legal, los efectos de sus actos y decisiones son plenamente perceptibles en la realidad material²⁸. En otras palabras, las sociedades, además de contratos, son imaginarios colectivos que logran representación social²⁹, los cuales quedan facultados para interactuar con otras personas, principal pero no exclusivamente, desde un punto de vista mercantil.

Una vez estudiadas las figuras más representativas de los sujetos de derechos, así como sus elementos constitutivos, resulta apropiado entrar a analizar una nueva figura, que si bien apenas empieza a cobrar relevancia dentro del espectro jurídico, seguramente será objeto de intensos debates sobre su reconocimiento y aplicabilidad, en tanto un nuevo producto humano, capaz de modificar la realidad jurídica y material, razón por la que la inteligencia artificial (IA) será objeto de estudio en las próximas líneas, buscando una claridad conceptual que lleve a una mejor comprensión del fenómeno y sus implicaciones más adelante.

La inteligencia artificial y su impacto en el derecho

Para muchas personas no es extraña la manifestación referida a que todos los seres humanos somos computadoras, entendidos como máquinas con capacidad de raciocinio, decisión y acción³⁰. Esta particular aproximación es el punto de inflexión a partir del cual el hombre ha querido replicar de manera computarizada un ser que no solo sea capaz de almacenar y procesar información, sino que además tenga la capacidad de hacer análisis de manera autónoma, plantear y resolver cuestiones por cuenta propia, así como establecer sus propias tareas e intereses.

28 Carlos Alberto Villegas, *Tratado de las sociedades* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 41.

29 José Rubén Castillo García, "La institución de la ciudadanía", *Revista Ánfora*, año 11, n.º 19 (agosto-diciembre de 2004): 20.

30 John Haugeland, *La inteligencia artificial* (Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1988), 9.

Lo anterior sin perjuicio de nuevas concepciones teóricas, según las cuales se espera que la tecnología tenga incluso la capacidad de experimentar sentimientos y actitudes, soñar, sufrir, tener conciencia, expectativas, entre otras capacidades que hasta hace poco tiempo resultaban personalísimas y por tanto inalcanzables para un elemento mecánico, rayando casi en lo visto tantas veces en filmes cinematográficos, dentro de lo que se ha percibido como un proceso de humanización de la tecnología³¹.

La inteligencia artificial aún no ha llegado a las situaciones propuestas en las películas como *Artificial Intelligence*, *I*, *Robot*, *Bicentennial Man* y *Her* dirigidas respectivamente por Steven Spielberg, Alex Proyas, Chris Columbus y Spike Jonze, pero esto no quiere decir que en la actualidad no se conviva con diferentes sistemas de IA, desde los buscadores en línea y demás aplicaciones, como los desarrollados por Google y SIRI (presente en los teléfonos móviles iPhone), hasta los más diversos y complejos sistemas de defensa nacional y programas gubernamentales, que resultan sobradamente más eficientes que con operadores humanos³².

Es aquí en donde se hace evidente que los dilemas ético, social, cultural y jurídico que enfrenta la especie humana, referentes al reconocimiento de capacidad y autonomía de la IA en las películas empiezan a ser reales en un muy corto plazo. No obstante, solo hasta ahora se está comenzando a indagar sobre los diferentes efectos que produce la IA en los individuos y las sociedades organizadas mediante ordenamientos jurídicos. Para los analistas, se trata de un proceso de naturalización de la tecnología, en donde se empieza a reconocer la subjetividad propia del instrumento, así como la propia transformación de su lógica³³.

Si se parte de una definición preliminar, se aprecia que la IA es una “rama de la informática que intenta reproducir las funciones cognitivas humanas como el razonamiento, la memoria, el juicio o la decisión y, después, confiar una parte de estas facultades, que se consideran signos de inteligencia, a los ordenadores”³⁴.

31 Manuel Ruiz del Corral, *Ser digital: hacia una relación consciente con la tecnología* (Madrid: Kolima Books, 2017), 21.

32 Enrique Stel, *Seguridad y defensa del ciberespacio* (Buenos Aires: Dunken, 2014), 17.

33 Germán Vargas Guillén, *La representación computacional de dilemas morales. Investigación fenomenológica de epistemología experimental* (Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional, 2005), 71.

34 Danièle Bourcier, *Inteligencia artificial aplicada al derecho* (París: uoc, 2003), cap. 1.1.

Alan Turing, uno de los precursores de los computadores modernos, señalaba que para catalogar a una máquina como inteligente, esta debía realizar una tarea que fuera indistinguible para un humano sobre su hacedor, ya fuera personal o mecánico³⁵. Así las cosas, la IA persigue dos objetivos: servirse de la máquina para desarrollar por cuenta propia las funciones cognitivas del hombre e intentar reproducir los mecanismos mencionados.

Dentro del desarrollo de la IA se observan varios criterios de profundización en cada programa como: el *actuar como personas*, en el que se evalúa al programa desde el punto de vista del comportamiento humano; el *razonamiento como personas*, en el que se fundamenta con fuerza en las ciencias cognitivas y se busca que el programa razone como un ser humano, o incluso mejor; dentro de la anterior, existe la perspectiva del *razonar racionalmente*, es decir que en ese ejercicio del razonamiento exista lógica y formalidad para cumplir un objetivo y, por último, existe el *actuar racionalmente*, siendo lo importante valorar los resultados objetivos que realiza el programa, entre otras perspectivas³⁶.

Ante la inexistencia de un sujeto físico, jurídico o electrónico específico, o una pluralidad de sujetos sin rostro con quienes tratar directamente y, peor aún, sin la certeza de saber si ese interlocutor es humano o electrónico, se ha generado la necesidad de que instancias legislativas tales como el Parlamento Europeo tomen algunas medidas o por lo menos planteen esta discusión desde un ámbito oficial; es así como el 16 de febrero de 2017 se expidió la Resolución denominada Normas de Derecho Civil sobre Robótica, en la que se contemplan asuntos legales sobre robots y su interacción con el hombre.

La resolución trae una serie de recomendaciones no vinculantes aún, en las que previamente señala una serie de características, tales como su capacidad para aprender por su cuenta y a partir de allí determinar un comportamiento futuro propio e imprevisible. Además, hace un llamado a la designación de nuevas funciones a sus agencias, así como a principios éticos con los que deben actuar los operadores de esta maquinaria, descartando el factor biológico y haciendo recomendaciones para futuros cambios normativos en varias áreas del derecho, entre ellas, el derecho del consumidor.

35 Hugo Aréchiga, *El universo interior* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2001), 235.

36 Pedro Martín Páez Bimos, "La inteligencia artificial y el futuro del derecho", *Revista Legal Today*. <http://www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/nuevas-tecnologias/articulos/la-inteligencia-artificial-y-el-futuro-del-derecho>

Llama la atención la introducción de ciencia ficción del mentado documento:

A. Considerando que, desde el monstruo de Frankenstein creado por Mary Shelley al mito clásico de Pigmalión, pasando por el Golem de Praga o el robot de Karel Čapek —que fue quien acuñó el término—, los seres humanos han fantaseado siempre con la posibilidad de construir máquinas inteligentes, sobre todo androides con características humanas; B. Considerando que, ahora que la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, androides y *otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial —que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad—, resulta de vital importancia que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación.* (Cursivas fuera del texto)

La Resolución del Parlamento Europeo propone conceptos como la creación de un código de conducta, de una Agencia Europea para la Robótica, de un registro para robots avanzados, así como la creación del concepto “personalidad electrónica”, en paralelo con la persona física y la jurídica, que sea sujeto derechos y obligaciones. Esta resolución insta a la Comisión Europea (órgano ejecutivo de la Unión Europea) para que expida un marco legal común en toda la Unión Europea en el ámbito de la robótica y la IA. Además, insiste en la necesidad de fijar estándares éticos, sin que a la fecha se haya establecido una orden imperativa.

El eje de esta Resolución del Parlamento Europeo es el de la responsabilidad jurídica futura de los robots que causen daños o funcionen mal³⁷. Si bien este documento no tiene consecuencias jurídicas, deja un precedente al solicitar al órgano ejecutivo de la Unión Europea que tome decisiones previsivas sobre el asunto y establezca disposiciones que anticipen las situaciones que puedan ocurrir en el desarrollo de interacciones entre estos nuevos agentes entre sí, con los seres humanos y además su impacto social, sin dejar de lado el acercamiento a la inevitable maximización productiva de la industria³⁸.

Vale la pena traer a colación las palabras de la ponente de la resolución, la socialdemócrata luxemburguesa Mady Delvaux, quien sostuvo: “el informe no propone darles una personalidad jurídica plena a los robots, como la que permite

37 Por ejemplo, en el caso de vehículos autónomos o de personalidad jurídica específica de robots, a fin de clarificar la determinación de las responsabilidades en caso de causar daños. Así, en el caso de los vehículos autónomos propone la expedición de seguros obligatorios para posibles víctimas de accidentes.

38 Luis Moreno y Jiménez Raúl, *Democracias robotizadas* (Madrid: Catarata, 2018), 14.

que las empresas puedan demandar y ser demandadas, sino ‘explorar, analizar y considerar’ las implicaciones que están en discusión”³⁹.

Como respuesta a esta invitación, la Comisión Europea el 9 de marzo de 2018 anunció la creación de un grupo de expertos para debatir los desafíos éticos que plantea el desarrollo de la IA y su impacto en los derechos fundamentales de la Unión Europea (UE). Negarse a realizar este ejercicio intelectual sería desconocer la inevitable entrada en acción de estos nuevos agentes. En la medida en que las nuevas realidades sean previstas, se abordarán de una mejor manera, en beneficio de la convivencia social⁴⁰.

Para la sociedad y las asociaciones científicas es claro y evidente el peligro que representa no establecer normativas prontas y afines con las nuevas realidades. La necesidad de regular la IA, es un pedido unísono del sector de tecnología; al respecto Elon Musk⁴¹ —líder de Tesla⁴²— insiste en que la IA representa una “amenaza existencial contra la humanidad”, una visión fatalista que confunde la ciencia de la inteligencia artificial con la ciencia ficción⁴³.

De la misma manera, voces autorizadas de la IA sostienen la necesidad de establecer reglas o leyes, partiendo de las tres leyes de la robótica que el escritor Isaac Asimov presentó en 1942:

1. Un robot no debe dañar a un ser humano, ni permitir, por omisión, daño alguno a un humano; 2. Un robot debe obedecer las órdenes dadas por los seres humanos, con excepción de aquellas que entren en conflicto con la primera ley, 3. Y un robot debe proteger su propia existencia, siempre y cuando dicha protección no entre en conflicto con las dos primeras leyes⁴⁴.

39 Andrés Ortega, Foro Económico Mundial, “La ‘robolución’ llega al Parlamento Europeo”. <https://www.weforum.org/es/agenda/2017/03/la-robolucion-llega-al-parlamento-europeo>

40 Redacción, “Comisión Europea creará comisión de expertos en ética e inteligencia artificial”, *Diario La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20180309/441377737263/comision-europea-creara-grupo-de-expertos-en-etica-e-inteligencia-artificial.html>

41 Cofundador de PayPal, Tesla Motors, SpaceX, Hyperloop, SolarCity.

42 Compañía estadounidense ubicada en Silicon Valley, California, que diseña, fabrica y vende coches eléctricos, como el Tesla Roadster, componentes para la propulsión de vehículos eléctricos y sistemas de almacenamiento a baterías.

43 Oren Etzioni, “¿Cómo regular la inteligencia artificial?”, *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2017/09/06/inteligencia-artificial-reglas-regulacion/>

44 Isaac Asimov, *Visiones de robot* (Barcelona: Penguin Random House, 2010), 9.

E incluso, agregar algunas más como las que propone Oren Etzioni, director del Instituto Allen para la IA:

En primer lugar, un sistema con inteligencia artificial *debe someterse al amplio espectro de leyes a las que se somete su operador humano*. No queremos que la IA participe en actos de ciberacoso ni en el manejo de acciones bursátiles ni en amenazas terroristas; tampoco queremos que el FBI utilice sistemas con inteligencia artificial que engañen a las personas para que cometan delitos. No queremos vehículos autónomos que no respeten los semáforos o, peor aún, armas con inteligencia artificial que violen tratados internacionales. [...] Mi segunda regla dicta que un sistema de IA *debe exponer con claridad que no es humano*. Tal como hemos visto en el caso de los robots (programas computacionales que pueden sostener conversaciones cada vez más complejas con personas reales), la sociedad necesita la garantía de que los sistemas con inteligencia artificial tengan una etiqueta que los identifique. En 2016, un robot conocido como Jill Watson fue utilizado como asistente académico para un curso en línea en Georgia Tech; este engañó a los estudiantes y les hizo creer que era humano. De acuerdo con investigadores en la Universidad de Oxford, un ejemplo más serio es el amplio uso en redes sociales de los *bots* políticos en favor de Trump durante los días que precedieron a las elecciones del 2016. [...] Mi tercera regla consiste en que un sistema de IA *no puede guardar ni difundir información confidencial sin la aprobación explícita de la fuente*. Dada su extraordinaria capacidad para obtener información, registrarla y analizarla, los sistemas de inteligencia artificial están en posición de extraer información confidencial. Pensemos en todas las conversaciones que ha escuchado Amazon Echo, una “bocina inteligente” que existe en una gran cantidad de hogares; o la información que tu hija podría revelar de manera involuntaria a un juguete como una Barbie con IA. Incluso los aparentemente inofensivos robots de limpieza pueden crear mapas de tu hogar. Debes tener el poder de controlar toda esa información⁴⁵.

Vale la pena destacar la entrevista realizada a Sean McKelvey, quien participó en la creación del robot Pepper, descrito como el primer robot capaz de leer las emociones humanas y responder conforme a ellas. Cito algunos apartes que considero importantes para la discusión:

Vamos a crear *robots* que tienen inteligencia y entendimiento emocional, así que *serán capaces de ver quiénes somos y qué necesitamos y ayudarnos a ser emocionalmente más maduros*. [...] Le dimos la habilidad de entender las emociones de las

45 Oren Etzioni, “¿Cómo regular la inteligencia artificial?”, *El Espectador*. <https://www.elspectador.com/tecnologia/como-regular-la-inteligencia-artificial-articulo-711945>

personas con las que está hablando; *él puede identificar los cambios en la voz y en las expresiones en la cara para entender cómo se siente y luego cambiar su comportamiento para unirse a la persona con la que se está comunicando.* [...] Trabajamos junto con un investigador de la Universidad de Tokio que hizo un mapa de todas las emociones de un ser humano. Digitalizamos todos los neuroquímicos que los humanos tienen cuando sienten emoción, así que *Pepper responde al ambiente con una respuesta neuroquímica digitalizada. Cuando lo dejas solo por mucho tiempo se siente triste, o cuando alguien está enojado, siente miedo.* (Cursivas fuera del texto)⁴⁶

Es necesario considerar que los retos que representa la inteligencia artificial para el derecho son variados. De acuerdo con lo establecido por una multiplicidad de ordenamientos legales alrededor del mundo, se tiene que los consumidores adquieren productos tecnológicos que vienen citados de grandes prestaciones para sus usuarios y que se puede predicar de dichos productos un gran nivel de confiabilidad y autonomía. En este punto surgen las dudas sobre quien será responsable en eventos de daños causados al consumidor, cuando dichos productos inteligentes y autónomos causen un daño al usuario o a terceros.

Según nuestros ordenamientos actuales, la responsabilidad será del vendedor y eventualmente del distribuidor o comercializador del producto, pero en casos de inteligencia artificial, ¿cómo hacer responsable al productor, cuando el producto ha desarrollado conocimiento y experiencia por su propia cuenta y ha tomado decisiones autónomas que son las causantes del daño? Estas son apenas algunas de las cuestiones que tendrán que resolverse en un corto plazo, so pena de permitir la creación de graves vacíos legales en los respectivos ordenamientos legales.

La doctora Paula Boddington, investigadora sénior de la Escuela de Ciencias de la Computación de la Universidad de Oxford señala:

la inteligencia artificial es una de las tecnologías que más pueden alterar el funcionamiento de la sociedad y por ello necesita un debate público para resolver preguntas de fondo, que sintetiza al decir: *¿Quién responde cuando la máquina dice que no? [...] al final, hay personas detrás de estas decisiones.* No es un asunto que deba quedar en manos de compañías o corporaciones. Hay responsabilidades individuales porque

46 Ana María Velásquez Durán, "Los robots tendrán inteligencia y entendimiento emocional", *El Tiempo*. <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/robots-tendran-inteligencia-y-entendimiento-emocional-154336>

hay afectaciones individuales o sobre porciones enteras de la sociedad⁴⁷. (Cursivas fuera de texto)

Esta autora se ha referido en sus escritos a la necesidad de establecer valores éticos en la implementación y funcionamiento de la IA, en cuanto deben promover las acciones benéficas, las motivaciones personales y morales para el uso de estas tecnologías, sin entender que el estudio ético deba ser una restricción o impedimento para su buen uso⁴⁸.

Teniendo en cuenta la novedad y el aun escaso conocimiento general que existe sobre el tema, no es fácil reconocer en algunos escenarios una personalidad jurídica a un robot con IA, o a un robot, o a un programa de IA; lo que obliga a cuestionarse si será obligación legal conocer de antemano esta capacidad para luego entrar a cuestionar su capacidad de obrar y decidir interactuar con ellos, es decir de actuar jurídicamente, por ejemplo: ya existen robots con los que se pueden tener relaciones sexuales, que conducen autónomamente vehículos o que suscriban contratos o simplemente desarrollen una vida regular con las mismas interacciones sociales que tendría una persona común.

Dicho en otras palabras, gracias a los avances tecnológicos, es claro que se ha llegado a un punto en que es posible interactuar con una máquina, como si se tratara de una persona común y no solo eso, es la máquina la que tendrá la iniciativa en la realización de actividades, prestación de servicios, venta de bienes y será solo esta quien tome las decisiones de realizar dichos actos o no. Es claro para la sociedad que estas posibilidades son totalmente palpables en el mundo presente, la cuestión se refiere a nuestra comprensión y disposición para atribuirle valor jurídico autónomo a los actos de dicha tecnología y ampliar los alcances del ordenamiento jurídico en sus distintas ramas para cubrir todas las situaciones que podrían ocurrir en el desarrollo de estas interacciones⁴⁹.

Como se aprecia en líneas anteriores, existe la necesidad de iniciar el debate referente a otorgar el estatus de sujeto de derecho a la inteligencia artificial a efectos de generar una nueva categoría, que pueden presentarse de distintas formas,

47 Santiago La Rotta, "¿Quién responde cuando el computador dice no? Inteligencia artificial con parámetros humanos", *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/tecnologia/quien-responde-cuando-el-computador-dice-no-inteligencia-artificial-con-parametros-humanos-articulo-741356>

48 Paula Boddington, *Towards a Code of Ethics for Artificial Intelligence* (Oxford: Catarata, 2017), 10.

49 John Haugelang, *La inteligencia...*, 204.

desde intangibles, hasta físicas, en múltiples presentaciones, ya sean carros autónomos, robots, armas, asistentes de casa u oficina, electrodomésticos, aceptando que en su creación respondieron a elecciones hechas por humanos, que no está de más decirlo, somos falibles y la razón por la que escogemos el apoyo de las máquinas es para poder confiar en un resultado y no preocuparse por la probabilidad del error humano⁵⁰.

Las realidades actuales han mostrado situaciones en las que robots adaptados con *softwares* cada vez más desarrollados e intuitivos, no solo son capaces de generar conocimiento a partir de las experiencias a las que se someten, sino que son capaces de buscar y crear sus propias experiencias y reacciones ante situaciones específicas⁵¹.

A manera de ejemplo, los lenguajes de programación del juego de ajedrez históricamente han sido tomados como referentes del avance de la tecnología. Para hacerlos más avanzados se solían alimentar con las experiencias de miles de juegos anteriores, con la finalidad de que estos tuvieran una mayor cantidad de conocimientos sobre las jugadas posibles, para hacerlos más “inteligentes”. Sin embargo, recientemente se desarrolló un *software* capaz de jugar consigo mismo y se encontró que este había desarrollado una cantidad de jugadas mayor a las que usualmente se le daban como conocimientos básicos, demostrando una mayor capacidad de respuesta, haciéndose, en consecuencia, un mejor jugador.

Conclusiones

Tanto el caso anterior, como la situación fáctica y jurídica descrita a lo largo del escrito demuestran no solo la capacidad de la IA de actuar de forma autónoma, sino además de crear conocimiento por su cuenta propia, tomar decisiones independientes, así como realizar juicios propios de valor, lo que en adelante nos llevará a la disyuntiva de determinar si estas decisiones podrán traer como consecuencia la adquisición de derechos u obligaciones a su nombre, sumado a la facultad de asumir cargas obligaciones propias de otros sujetos de derecho, además del establecimiento de un régimen especial de responsabilidad civil, penal

50 OCDE. “Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital 2017”. OECD México, 2017, 102.

51 Swatilekha Chakraborty y Rishabh Bhojwani, “Artificial Intelligence and humans rights: Are they Convergent or parallel to each other”, *Novum Jus* 12-2 (2018): 30.

e incluso disciplinaria por sus actos, pues finalmente, la humanidad ha logrado replicar algo muy cercano a la vida, sin sus elementos biológicos.

Este es posiblemente uno de los grandes pasos que el razonamiento jurídico tendrá que definir, en un esfuerzo adicional por alcanzar y regular las nuevas realidades sociales y es precisamente esta interacción entre la sociedad y las personas con la IA, si bien inició cuando buscamos facilitar el trabajo y las actividades rutinarias, junto con nuestro temor a equivocarnos, es lo que nos ha llevado a una creación cada vez más compleja y funcional, lo que hace necesario que se inicie cuanto antes y de manera oficial, el análisis de la pertinencia y conveniencia de otorgar personalidades jurídicas u otros mecanismos jurídicos (seguros o determinación de facultades de dueños de robots, o registro público de robots) para asegurar y proteger la responsabilidad en caso de daños a personas, bienes, malos funcionamientos o incluso problemáticas sociales.

Referencias

- Alessandri Rodríguez, Arturo. *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general*, tomo 1. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Aréchiga, Hugo. *El universo interior*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Asimov, Isaac. *Visiones de robot*. Barcelona: Penguin Random House, 2010.
- Betancourt, Fernando. *Derecho romano clásico*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007.
- Boddington, Paula. *Towards a Code of Ethics for Artificial Intelligence*. Oxford: Springer, 2017.
- Bourcier, Danièle. *Inteligencia artificial aplicada al derecho*. París: UOC, 2003.
- Calderón Villegas, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.
- Carvajal Cordón, Julián. *Moral, derecho y política en Immanuel Kant*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.
- Castillo García, José Rubén. “La institución de la ciudadanía”. *Revista Ánfora*, año 11, n.º 19 (2004).
- Castoriadis, Cornelius. “Marx y Freud. Imaginación, socialización, sublimación, autonomía”. *Ensayo y Error*, año 1, n.º 2 (abril de 1977).
- Chakraborty, Swatilekha y Rishabh Bhojwani. “Artificial Intelligence and humans rights: Are they Convergent or parallel to each other”. *Novum Jus* 12-2 (2018).
- Crevier, Daniel. *La tumultuosa historia de la búsqueda de la inteligencia artificial*, 1.ª edición. Quebec: Harper Collins, 1993.

•La inteligencia artificial como sujeto de derecho •

De Savigni, Federico Carlos. *Sistema de derecho romano actual*, tomo II. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879.

Etzioni, Oren. “¿Cómo regular la inteligencia artificial?”. *El Espectador*. 6 de septiembre de 2017. <https://www.elespectador.com/tecnologia/como-regular-la-inteligencia-artificial-articulo-711945>

Etzioni, Oren. “¿Cómo regular la inteligencia artificial?”. *The New York Times*. Acceso 12 de marzo de 2018. <https://www.nytimes.com/es/2017/09/06/inteligencia-artificial-reglas-regulacion/>

Hattenhauer, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987.

Haugeland, John. *La inteligencia artificial*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1988.

Hernández Bonilla, Juan Miguel. “La revolución de la inteligencia artificial”. *El Espectador*, 9 de agosto de 2017. <https://www.elespectador.com/tecnologia/la-revolucion-de-la-inteligencia-artificial-articulo-707196>

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2008.

Lacalle Noriega, María. *La persona como sujeto de derecho*. Madrid: Dykinson, 2014.

La Rotta, Santiago. “Quien responde cuando el computador dice no?: Inteligencia artificial con parámetros humanos”. *El Espectador*, 26 de febrero de 2018. <https://www.elespectador.com/tecnologia/quien-responde-cuando-el-computador-dice-no-inteligencia-artificial-con-parametros-humanos-articulo-741356>

López Díaz, Elvira. *Iniciación al derecho*. Madrid: Delta, 2006.

Martínez Caro, Diego. *El yo y la máquina, Cerebro, mente e inteligencia artificial*. Madrid: Palabra, 2012.

Medellín Aldana, Carlos J. y Carlos Medellín Forero. *Lecciones de derecho romano*. Bogotá: Temis, 2000.

Medina Pabón, Juan Enrique. *Derecho civil, aproximación al derecho, derecho de personas*, 5.^a edición. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.

Metz, Cade. “Cuando la inteligencia artificial aprende de sus propios errores”. *El Espectador*, 20 de agosto de 2017. <https://www.elespectador.com/tecnologia/cuando-la-inteligencia-artificial-aprende-de-sus-propios-errores-articulo-709077>

Metz, Cade y Keith Collins. “Para que la inteligencia artificial pueda conversar contigo, debe ofenderte”. *The New York Times*, 27 de febrero de 2018. <https://www.nytimes.com/es/2018/02/27/inteligencia-artificial-tecnologia-conversacional-microsoft/>

Moreno, Luis y Raúl Jiménez. *Democracias robotizadas*. Madrid: Catarata, 2018.

OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). *Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital 2017*. Ciudad de México: OECD, 2017.

- Ortega, Andrés. “La ‘robolución’ llega al Parlamento Europeo”. Foro Económico Mundial. 1.º de marzo de 2017. <https://www.weforum.org/es/agenda/2017/03/la-robolucion-llega-al-parlamento-europeo>
- Ortiz Monsalve, Álvaro y Arturo Valencia Zea. *Derecho civil*, 18 edición. Bogotá: Temis, 2016.
- Páez Bimos, Pedro Martín. “La inteligencia artificial y el futuro del derecho”. *Legal Today*. 27 de noviembre de 2017. <http://www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/nuevas-tecnologias/articulos/la-inteligencia-artificial-y-el-futuro-del-derecho>
- Redacción. “Comisión Europea creará comisión de expertos en ética e inteligencia artificial”. *La Vanguardia*. 20 de marzo de 2018. <https://www.lavanguardia.com/vida/20180309/441377737263/comision-europea-creara-grupo-de-expertos-en-etica-e-inteligencia-artificial.html>
- Redacción EC. “Mobile World Congress: Inteligencia artificial y 5G son protagonistas”. *El Comercio de Perú*, 25 de febrero de 2018. <https://elcomercio.pe/tecnologia/moviles/smartphones-mobile-world-congress-2018-inteligencia-artificial-5g-son-protagonistas-noticia-499912>
- Redacción Gestión. “The Economist: la millonaria batalla en inteligencia artificial”. *Diario Gestión*, 13 de diciembre de 2017. <https://gestion.pe/tecnologia/the-economist-millonaria-batalla-inteligencia-artificial-222614>
- Robles, José Manuel. *Ciudadanía digital. Una introducción a un nuevo concepto de ciudadano*. Barcelona: UOC, 2009.
- Ruiz del Corral, Manuel. *Ser digital: hacia una relación consciente con la tecnología*. Madrid: Kolima Books, 2017.
- Samacá González, Andrés Fernando. “Inteligencia artificial aplicada al derecho” (tesis de grado, Universidad Santo Tomás, 2016).
- San Martín Sala, Javier. *Antropología filosófica II vida humana, persona y cultura*. Madrid: UNED, 2015.
- Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Stel, Enrique. *Seguridad y defensa del ciberespacio*. Buenos Aires: Dunken, 2014.
- Tecnosfera “Debate por la inteligencia artificial: ¿Team, Musk o Team Zuckerberg?”. *El Tiempo*, 20 de julio de 2017. <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/debate-por-la-inteligencia-artificial-musk-y-zuckerberg-113714>
- Vargas Guillén, Germán. *La representación computacional de dilemas morales*. Investigación fenomenológica de epistemología experimental. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional, 2005.
- Velásquez Durán, Ana María. “Los robots tendrán inteligencia y entendimiento emocional”. *El Tiempo*, 23 de noviembre de 2017. <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/robots-tendran-inteligencia-y-entendimiento-emocional-154336>

•La inteligencia artificial como sujeto de derecho •

Velásquez Durán, Ana María. “Inteligencia artificial para mejorar la convivencia”. *El Tiempo*, 29 de enero de 2018. <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/colombianos-usan-la-inteligencia-artificial-para-mejorar-la-convivencia-en-los-colegios-176560>

Villegas, Carlos Alberto. *Tratado de las sociedades*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Normativas

Asamblea de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Diciembre 10 de 1948. París.

Congreso de la República. Ley 84 de 1873 Código Civil colombiano.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Expediente T-5.016.242.

Corte Constitucional. Sentencia T-223 del 18 de mayo de 1998. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente T-150.960.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 7 de diciembre de 1995. M. P. Jorge Arango Mejía. Expediente D-973.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de julio de 2017. Rad. 17001-22-13-000-2017-00468-02. M. P. Fernando Castillo Cadena.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en noviembre de 2020, tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

Sujetos de protección en el derecho privado

En los últimos años se ha observado que en los diferentes ordenamientos jurídicos la asimilación entre sujeto de derechos y persona ha comenzado a sufrir diversas crisis. La primera proviene de la reivindicación de derechos por personas que se encontraban en una situación de desigualdad frente a otras; la segunda, de los debates en torno a la capacidad de ejercicio, y la tercera del reconocimiento de derechos a realidades que no ostentan la calidad de personas.

Por otra parte, el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado ha puesto de presente la necesidad de salvaguardar a los sujetos de derechos, en la medida en que constituye un imperativo para el Estado que debe, inclusive, ajustarse para garantizar los derechos que son reconocidos tanto a personas como a no personas.

En este sentido, el tema propuesto es relevante para el entendimiento del derecho privado en la era actual, en la cual, por una parte, las personas cuentan con un reclamo cada vez más enérgico de derechos para sí mismas y, por la otra, el Estado debe proteger los derechos de los titulares inimaginados por la teoría tradicional del derecho privado.

En virtud de lo anterior, este libro aborda a profundidad las tensiones mencionadas y aporta diferentes perspectivas acerca de los conceptos de persona y de sujeto. Así mismo, busca mostrar cómo ha evolucionado el principio de la igualdad en el ordenamiento jurídico privado de una categoría estática, netamente normativa, a una dinámica que hace hincapié en la elasticidad de las relaciones sociales y sus reclamos frente al derecho.

ISBN 958513342-6



9 789585 133426