

Patrimonio cultural del saber ancestral en salud a través de las parteras en Colombia. Sentencia T-128 de 2022 de la Corte Constitucional de Colombia

Cultural heritage of ancestral knowledge in health through midwives in Colombia. Ruling T-128 of 2022 of the Constitutional Court of Colombia

John Fernando Restrepo

Doctor en Derecho

Correo: restrepo.john@correounivalle.edu.co,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4561-3041>

Profesor de la Universidad del Valle, (Cali, Colombia).

Elkin Centeno Cardona

Doctor en Derecho

Correo: elkin.centeno@uniremington.edu.co

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4561-3041>

Profesor de la Corporación Universitaria Remington (Medellín, Colombia)

Juliana Sinisterra Quintero

Doctora en sociología

Correo: juliana.sinisterra@correounivalle.edu.co,

Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-1000-6748>

Profesora de la Universidad del Valle (Cali, Colombia).

Como citar: Restrepo Tamayo, J. F., Centeno Cardona, E. ., & Sinisterra Quintero, J. (2024). Patrimonio cultural del saber ancestral en salud a través de las parteras en Colombia. Sentencia T-128 de 2022 de la Corte Constitucional de Colombia. Postulados: Revista Sociojurídica, 2(1), 21-35.

Recibido: 27 de agosto 2024

Aprobado: 18 de noviembre de 2024

Publicado: 10 de diciembre de 2024

RESUMEN:

Mediante Sentencia T-128 de 2022 la Corte Constitucional repara la violación de los derechos fundamentales a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, al trabajo, al mínimo vital y a la salud en favor de varias organizaciones afrocolombianas de parteras, cuyo daño se había efectuado a través de las Resoluciones que el Ministerio de la Salud y la Protección Social expidió en el marco de la emergencia sanitaria y las contribuciones administrativas y económicas en favor del personal de la salud. El estudio de la Sentencia permite identificar una línea argumentativa sociológica y jurídica donde los presupuestos jurídicos se expresan en términos de hechos, de valores y de normas a través de los cuales se asienta el reconocimiento de las parteras como patrimonio cultural del saber ancestral en salud.

Palabras clave:

Derecho al mínimo vital, Derecho al trabajo, Multiculturalismo, Parteras.

ABSTRACT:

Through Sentence T-128 of 2022, the Constitutional Court repairs the violation of the fundamental rights to the protection of the ethnic and cultural diversity of the Nation, to work, to the vital minimum and to health in favor of several Afro-Colombian organizations of midwives, whose damage had been carried out through the Resolutions that the Ministry of Health which declared the health emergency and established the administrative and economic contributions in favor of health personnel. The study of the judgment allows us to identify a sociological and legal line of argument where the legal assumptions are expressed in terms of facts, values and norms through which the recognition of midwives as a cultural heritage of ancestral knowledge in health is established.

Keywords:

Midwives, Multiculturalism, Right to work, Right to minimum living standards.

Autor para correspondencia

Correo electrónico: restrepo.john@correounivalle.edu.co (John Fernando Restrepo)

La revisión por pares es responsabilidad de la Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña

Artículo bajo la licencia CC BY-NC (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>)



Introducción

Considerando la importancia que tiene el contenido del fallo en el perfeccionamiento del derecho constitucional, se estudia el alcance jurídico y doctrinal de la Sentencia T-128 de 2022, profundizando en los argumentos que corresponden al núcleo temático que dan la relevancia jurídica del caso. Para identificar los asuntos complejos que detalla el proveído se establecerá la semejanza del asunto jurídico con las reglas y subreglas que desde la teoría de la argumentación ha venido desarrollando la Corte Constitucional. Criterios configuradores de la excepcional procedencia de la tutela contra tutela, bajo la clave de la relevancia constitucional que representa el tema judicial que tuteló el reconocimiento de los derechos fundamentales a la igualdad, la no discriminación, la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, al trabajo, al mínimo vital y a la salud en favor de varias organizaciones afrocolombianas dedicadas a la práctica médica ancestral de la partería.

La Corte Constitucional encontró que no se habían protegido estos derechos fundamentales en reclamo. En correspondencia, el caso en estudio ofrece dos situaciones sustanciales que son objeto de estudio en la teoría de la argumentación, referida a los derechos fundamentales con arraigo en el derecho cultural (Lemaitre, 2009, 103); y la teoría del examen de constitucionalidad de la norma expedida en estado de emergencia social y económica, mediante la cual se llega a la institución de la cosa juzgada del marco normativo bajo el cual se omitió una protección sistemática de los derechos de las parteras. Para comprender el problema se analizan los niveles de reconocimiento constitucional a las parteras en Colombia que tienen su origen en la idea del espectro multicultural (Tilly, 1991, 218).

La identidad negra emergente representa dentro de las garantías constitucionales una doble dimensión jurídica: (i) el reconocimiento jurídico de los derechos individuales y sus garantías inalienables y, (ii) los alcances del reconocimiento colectivo al respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras a partir de la participación de los procesos organizativos (Congreso de Colombia, Ley 70/1993).

En consideración con el alcance jurídico del caso, se precisa una ruta jurídica de cuatro supuestos fundantes del Estado constitucional de derecho, que son desarrollados mediante un sistema de analogía entre el proveído y las causales de la excepcional procedencia de la tutela contra sentencia judicial así: (i) el reconocimiento de la salud y las prácticas etnoculturales de la partería como un ejercicio que reviste de protección constitucional por la salvaguarda del saber cultural necesario en un Estado social y pluricultural de derecho; (ii) el control sobre los sujetos de derecho que ampara una norma cuando su tipificación se hace a través de medidas administrativas; (iii) la flexibilidad de la cosa juzgada frente a la exequibilidad de normas dictadas en estado de emergencia y, (iv) el papel del juez en la protección de los derechos con conexidad a la cultura y las prácticas ancestrales.

Esquema metodológico

Para comprender en su amplio sentido la teoría de la argumentación aplicada por

la Corte Constitucional al momento de resolver el caso, con la decisión de tutelar la protección de los derechos fundamentales de carácter objetivos y subjetivos de las organizaciones que realizan la labor y práctica médica cultural de la partería, se hace uso de dos paradigmas metodológicos para complementar el alcance del análisis propuesto. Se hará uso de la antropología del derecho y de la sociología jurídica en tanto preceptos metodológicos de comprensión de la realidad social, cultural e histórica de los sujetos de derecho.

Desde las arcas de la antropología del derecho el acercamiento busca entender el fenómeno sociocultural y los hechos culturales susceptibles de ser problematizados desde la competencia del derecho. Por tanto, tal como lo ha referido Krotz al indicar que, en la perspectiva antropológica, a diferencia de la visión jurídica, “no busca construir modelos de aplicación general abstrayendo los contextos sociales, sino dar cuenta de las maneras en que los sistemas jurídicos se encuentran inmersos en la cultura y en el poder” (Krotz, 2002). Lo anterior conduce a identificar el papel que cumple la antropología jurídica en las relaciones -Estado, sujeto y cultura-, cuyo triángulo de organización permite prácticas políticas, sociales y económicas diferenciales, en las cuales se transmiten saberes y conocimientos que tienen validez a lo largo del tiempo (Broudel, 1969, 73).

Desde la ascendencia del derecho consuetudinario, la cultura denota un conjunto de doctrinas empíricas que hacen parte de las consideraciones admisibles como fuentes del derecho (Kelsen, 2012). Por tanto, desde el legado histórico y la tradición de la antropología, se hace imperativo reconocer los aportes que han realizado las escuelas clásicas de la antropología al derecho, entre los que se destacan las aportaciones de la Escuela antropológica difusionista, con las ideas de Friedrich Ratzel, quien destacó la fuerte influencia de la cultura en el contexto sociopolítico, hecho que lo llevó a “analizar el fenómeno de la territorialidad humana a partir de una teoría científica que debía identificar y reconocer los ciclos de las relaciones entre el Estado y otras instituciones, las relaciones entre las distintas clases sociales y los objetivos estatales” (Paulsen, 2015, 64).

Asimismo, se encuentran los aportes de la escuela antropológica funcionalista, con Radcliffe-Brown, que destaca las relaciones sociales, cuyo continuo entramado constituye la estructura social, “no son uniones de individuos al azar, sino que están determinadas por el proceso social y toda relación es tal que la conducta de las personas en sus interacciones con cada una de las otras está controlada por normas, reglas o patrones” (Radcliffe-Brown, 1986).

Los asuntos de las culturas no pueden escapar al análisis jurídico, por lo que encuentran en la teoría tridimensional del derecho oportunidades reales de su comprensión y soluciones eficientes, porque al abrir el espectro, el juez tiene el deber de esquematizar el problema judicial bajo los ejes del derecho como hecho, valor y norma, desde los lineamientos de la cultura y las costumbres, que son cuestiones relevantes para el estudio antropológico. Desde la teoría de la sociología, se debe tener presente que, para entender la realidad, el método de la sociología jurídica precisa de la observación de las sociedades contemporáneas, en las que el Estado es un elemento central de la cultura jurídica, y en este sentido la cultura jurídica siempre es una cultura mediada por actores políticos (Sartori, 2005). Por otro lado, “la cultura jurídica reside en los ciudadanos y en

sus organizaciones, y en este sentido es también parte integrante de la cultura de la ciudadanía” (de Sousa Santos, 2009, 103).

Además, desde el aspecto de la tutela sobre derechos económicos, siguiendo la teoría de Max Weber, se tiene que la acción social, como toda acción, puede ser: (i) racional con arreglo a fines: determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como “condiciones” o “medios” para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos y, (ii) racional con arreglo a valores: determinada por la creencia consciente en el valor -ético, (...), y (iii) tradicional: determinada por una costumbre arraigada (Weber, 2008, 345).

El derecho no puede escindir las cuestiones antropológicas y sociológicas de los temas sobre los que se revelan problemáticas sociales (Sen, 2009, 123); máxime tratándose de derechos fundamentales subjetivos de especial cumplimiento para las poblaciones minoritarias y marginales (García, 2013, 48). En correspondencia, a la luz de la interpretación constitucional, la antropología del derecho y la sociología jurídica son sistemas de valores que sirven como marco teórico que ayuda a encuadrar hechos jurídicamente relevantes.

Hallazgos relevantes de la teoría de la argumentación por parte de la corte constitucional

Bajo la aplicación de la teoría de la argumentación jurídica, la Corte Constitucional reconoció la relevancia constitucional del asunto presentado por un grupo de organizaciones comunitarias dedicadas a la práctica médica cultural de la partería, cuya actividad principal consiste en brindar el acompañamiento del embarazo, realizar el procedimiento de la expulsión del bebé del vientre de la madre cuando ella entra en trabajo de parto hasta el alumbramiento, y posteriormente realizar el cuidado posparto, mediante el uso de prácticas culturales, que hacen que esta actividad sea segura tanto para el recién nacido como para la madre.

En efecto, a través del recurso de la acción de tutela estas organizaciones buscaron el acceso a la justicia para que se les garantizaran sus derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación, a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, al trabajo, al mínimo vital y a la salud (Botero, 2009). En la emergencia del Covid 19, las parteras no contaban con las garantías jurídicas de protección laboral propuestas para los trabajadores en salud, pese a que seguían prestando el servicio en sus comunidades. En correspondencia, la Corte Constitucional se abocó a realizar un estudio desde la identidad del problema jurídico en tres planos secuenciales prácticos para clarificar el tema: (i) parte de la identificación integral de la partería; (ii) comprueba las condiciones normativas de la salud a partir de un enfoque cultural y, (iii) revisa lo actuado del a quo y del ad quem en la acción de tutela a la luz de máximas constitucionales.

El primer camino que abordó el Alto Tribunal en la Sentencia T-128 de 2022 consistió en revisar la institución ancestral y cultural de la partería, de la que logró como hallazgos: (i) la partería goza de reconocimiento social, antropológico, sociológico y cultural. En cuestiones epistemológicas, las organizaciones de parteras se caracterizan por ser sabedoras ancestrales, afrodescendientes, por lo que las comadronas son de

edades avanzadas (entre 50 y 80 años). Se ubican en el Departamento del Chocó y en la ciudad de Buenaventura, Valle del Cauca. Estas personas se dedican a atender los ciclos reproductivos de mujeres y hombres, a acompañar embarazos y partos, así como a atender otras enfermedades de la comunidad y, en general, prestarle sus servicios de salud, haciendo uso de saberes ancestrales y plantas medicinales.

Estas personas que prestan la asistencia de la partería quedaron excluidas de manera injustificada en las medidas administrativas, económicas y laborales que el Gobierno puso en marcha para el personal de la salud, mediante el Decreto 417 del 20 de marzo de 2020, que declaró la emergencia sanitaria, y el Decreto 538 de 2020, que estableció las contribuciones administrativas y económicas en favor del personal de la salud. En igual sentido, las parteras quedaron desprotegidas frente a la peligrosidad y mortalidad del virus Covid-19; por lo que las accionantes manifestaron que ocho parteras al momento de presentar la tutela habían fallecido como consecuencia del virus.

El segundo camino de hallazgos seguido por la Corte Constitucional fue la práctica médica ancestral y cultural de la partería cuenta con un marco legal congruente y una finalidad constitucional que consiste en dar cumplimiento a las garantías establecidas en los artículos 7° y 8° de la Constitución Política donde se declara la diversidad étnica y cultural de la Nación en Colombia. La Ley 1164 de 2007 desarrolla en su artículo 20 el ejercicio de las culturas médicas tradicionales, por lo que reconoce el respeto a las culturas médicas tradicionales propias de los diversos grupos étnicos, las cuales solo podrán ser practicadas por quienes sean reconocidos en cada una de sus culturas de acuerdo con sus propios mecanismos de regulación social. En el mismo sentido, la Ley 1751 de 2015 declara al principio de interculturalidad como precepto rector del derecho fundamental a la salud.

En el tercer camino, la Corte Constitucional dispuso limitaciones de las providencias dictadas por el a quo y el ad quem, las cuales contradicen de manera sistemática lo trazado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-590 de 2005. En ella, Corte Constitucional estableció los requisitos generales de procedencia de tutela contra decisiones judiciales, acogida por diversas sentencias de unificación posterior, como son las Sentencias SU-113 de 2018 y SU-245 de 2021, en las que su ratio decidendi precisa que la regla más importante es la relevancia constitucional de la temática. Por tal razón, la Sentencia T-128 de 2022 determinó reparar dichas deficiencias. En esta dirección, las acotaciones específicas sobre el problema jurídico fueron: (i) con la decisión de la Sentencia de primera instancia que negó el amparo solicitado, por considerar que la acción era improcedente, el a quo no efectuó un estudio riguroso para identificar la procedencia y materialmente la violación de los derechos invocados. (ii) mediante la Sentencia y actuaciones de segunda instancia, la Corte distinguió como acotación al fallo, el hecho que a pesar de que la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó parcialmente el fallo de primera instancia, y en su lugar, el ad quem concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las accionantes, se repitió el yerro del juez constitucional de primera instancia al negar a las actoras la protección de los derechos fundamentales subjetivos a la diversidad étnica y cultural de la Nación, al trabajo, al mínimo vital.

Por estas dos cuestiones materiales, resulta relevante para la teoría de la argumentación

aplicada por la Corte para solucionar el caso que, sobre los derechos que se exigieron tutelar, las respuestas dadas a las autoridades judiciales por el Ministerio de Salud y Protección Social, en la que entre otras consideraciones señala: (i) que no conoce la información sobre las personas que ejercen la partería y deben ser priorizadas en el orden dispuesto por el Plan Nacional de Vacunación. De acuerdo con la Resolución 599 de 2021, es responsabilidad de las autoridades y consejos comunitarios de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras determinar quiénes son las personas por priorizar; (ii) que según el artículo 17 de la Ley 1164 de 2007, quienes ejercen la partería no se consideran profesionales de la salud; (iii) sostuvo que no se encontró la “partería” como programa de educación superior en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior.

Por esto, en contradicción a lo antedicho por el Ministerio, el Alto Tribunal encuentra que estos argumentos no están alineados con la Carta Política, representan de manera retórica trato desigual y discriminatorio, al punto de que, las intervenciones que se consolidan en la Sentencia de tutela se apartan enérgicamente de estas posturas. Lo detallado por el Ministerio de Salud y Protección Social, debe examinarse a la luz de los pilares de la teoría de la argumentación postulada por el profesor Atienza, y luego por la tridimensional teoría de Miguel Reale. La primera se apoyará en la apreciación de la sociología jurídica y la segunda en la antropología del derecho.

El profesor Manuel Atienza (1990) ha señalado que hay tres campos de lo jurídico en el que se efectúan las argumentaciones, a saber: (i) producción o establecimiento de normas jurídicas, desde la cual la partería debe gozar de la protección constitucional como los demás profesionales de la salud en prerrogativas administrativas, laborales, prestacionales y del acervo cultural, por la particularidad social y étnica de la práctica ancestral que hacen las matronas; (ii) aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, que por las características y particularidades del problema jurídico debió ser contemplado a la luz de los arts. 7 y 8 superiores, complementados por el art. 6 de la Ley 1751 de 2015 y la jurisprudencia concordante; (iii) la construcción de argumentos jurídicos desde la dogmática jurídica, en la que a partir del silogismo por las pruebas decretadas y la evidencia sustancial de la vulneración, el juez constitucional está facultado para conceder el amparo invocado.

Los tres constructos teóricos del profesor Atienza aterrizan con congruencia en los elementos categóricos de la sociología jurídica, al reconocer que el objeto de estudio es la interrelación sociedad-derecho. En este sentido, los jueces desempeñan en la sociedad contemporánea tres tipos de funciones (instrumentales, políticas y simbólicas) que tienen el carácter de servicio público esencial a los fines del Estado.

En sociedades complejas, propias de países subdesarrollados, en razón de conflictos y brechas de marginalidad que viven las comunidades, como es el caso de Colombia (Serrano, 2016, 51), que son consideradas naciones funcionalmente diferenciadas, las funciones instrumentales son específicamente atribuidas a una determinada área de actuación social y se consideran cumplidas cuando dicha área opera con eficacia dentro de sus límites funcionales. Las funciones políticas son aquellas a través de las cuales los campos sectoriales de actuación social contribuyen al mantenimiento del sistema

político, y finalmente las funciones simbólicas son el conjunto de las poblaciones sociales con las que los diferentes campos de actuación social contribuyen al mantenimiento o destrucción del sistema social en su conjunto.

Desde la teoría tridimensional, Reale destaca el derecho como hecho, valor y norma (Reale, 1997). Sobre el primer elemento, es un hecho que la partería es una actividad humanitaria y solidaria en el campo de la salud, que permite auxiliar a muchas madres gestantes que por las circunstancias de difícil acceso y faltas de garantía estatal que no tienen la posibilidad de acceder a la red de servicio de salud para un control del progreso del embarazo. Entre tanto, la partería connota el valor de la solidaridad como pilar de la dignidad humana, dado que la práctica misma tiene imbricada la fraternidad y la hermandad con las mujeres en estado de embarazo y con los enfermos de las comunidades negras.

Por lo anterior, en Colombia existe un marco normativo que ampara las prácticas culturales en el derecho fundamental a la salud, pero que no agota las otras fuentes del derecho en amparo a la práctica ancestral, cultural y de medicina tradicional que representa la partería, en los fundamentos doctrinales empíricos del derecho de las costumbres.

Por tal razón, para estos casos jurídicos debe regir la protección de los derechos fundamentales de carácter subjetivo, bajo la comprensión de la antropología jurídica, la cual es faro para diversos campos del derecho entre ellos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Consuetudinario. Este segundo, en particular, destaca la importancia del saber de los grupos étnicos, considerado empírico, el cual no resulta contrario a las prácticas científicas de las ciencias de la salud, por lo que a la luz del debate que convoca el caso:

“Las leyes consuetudinarias son fundamentales para la identidad de los pueblos y las comunidades locales, ya que definen los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los miembros en relación con importantes aspectos de sus vidas, culturas y visión del mundo. El Derecho consuetudinario puede guardar relación con el uso y el acceso a los recursos naturales, los derechos y las obligaciones relacionados con la tierra, la herencia y la propiedad, el desarrollo de una vida espiritual, el mantenimiento del patrimonio cultural y los sistemas de conocimiento, así como otros muchos asuntos” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016)

En este sentido, la práctica ancestral de la partería guarda identidad con los saberes, prácticas y patrimonios considerados “bienes de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos” sobre los cuales la Convención de La Haya ha destacado como un reflejo del derecho internacional consuetudinario; en igual dirección se ha pronunciado también la Conferencia General de la Unesco.

“Si nos situamos en el plano de la práctica judicial se ve con claridad que el tiempo opera como garantía de la costumbre, sobre todo en pleitos en los que se trata de demostrar un derecho, una titularidad, una posesión, etc.” (Miceli, 2012, 141)

Aunado a lo anterior, el estudio jurídico de los derechos fundamentales que reclaman

las organizaciones que representan a las parteras, debe ser especificado a través de la teoría tridimensional del derecho, bajo la justificación de que el caso en estudio contiene las categorías definitorias de la teoría, en las que el derecho es un hecho, como lo es la práctica de la partería cuyo saber moviliza la acción social de las sabedoras de la medicina tradicional afrocolombiana, que tiene como objeto salvar vidas y generar bienestar tanto a la madre como al recién nacido.

De la misma forma el caso representa la categoría del derecho como valor, por cuanto la partería es una entidad de solidaridad y altruismo cultural de los grupos humanos en las comunidades negras, y, además, desde el marco normativo de la república de Colombia, como a través del derecho consuetudinario, la costumbre es una institución válida como sistema jurídico, con fuerza vinculante a los hechos, respaldado por el Derecho internacional humanitario y el bloque de constitucionalidad.

Para Jürgen Habermas, las constituciones deben otorgar vigencia a los derechos que los ciudadanos deben concederse recíprocamente si la búsqueda consiste en “regular los modos legítimos de vida con los medios del derecho positivo” (Habermas, 1999, 155). Lo anterior, presupone las garantías a la individualidad material del derecho subjetivo y la persona jurídica individual como portadora de derechos.

En este sentido, los derechos allí reconocidos dependen en única instancia de la protección que se otorgue a las personas jurídicas de forma individual sin que estos menoscaben el sentido de hacer justicia en las luchas por el reconocimiento de las identidades colectivas. De ahí que Habermas plantee la necesidad de diferenciar el reconocimiento de las identidades colectivas a las demandas de igualdad de derechos de las formas de vida culturales.

Tal como lo señala el reconocimiento a los derechos de la igualdad y la no discriminación, la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, al trabajo, al mínimo vital y a la salud de las parteras como un sujeto con una doble dimensionalidad respecto a las garantías constitucionales: individual y colectiva. La primera por cuanto pertenece como personas al Estado social de derecho, la segunda en tanto el reconocimiento jurídico a partir del artículo 7 y 8, la Ley 70 de 1993 y el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, las hace acreedoras de garantías que protegen su diversidad cultural y por tanto el respeto a sus costumbres.

En razón a lo anterior, es válida la acotación que realizó la Corte, frente a las respuestas emitidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, desde la mirada de la triple visión del derecho, en apoyo con la teoría crítica propuesta por Habermas.

Analogía jurídica de la relevancia del caso con la triple visión del derecho

La comprobación de la relevancia constitucional del problema jurídico en la dimensión del derecho como hecho, se encuentra finamente elaborada en tres principios antropológicos que se erigen como verdaderos hechos al derecho. En primer lugar, para poder distinguir la existencia de estos principios, es importante establecer el núcleo

temático del problema jurídico, que tiene como sujeto a las parteras, que popularmente son catalogadas como sabedoras de la medicina ancestral y cultural de las comunidades negras.

El papel que desempeñan es el de un médico tradicional que tiene saberes culturales denominados empíricos que son efectivos para salvar vidas. Por tanto, es una población históricamente olvidada, discriminada; por lo regular viven bajo condiciones de pobreza económica, con carencia de servicios básicos sanitario, alcantarillado, agua potable; deficiencia de los servicios de telefonía, energía eléctrica; educación, bibliotecas, y muchos más bienes y servicios esenciales; en su mayoría son víctimas del conflicto armado y con escasas posibilidades de acceder a la educación superior. Estas características hacen que las parteras sean sujetos de especial protección constitucional.

El núcleo temático indica relevancia, porque las parteras como sujetos de especial protección constitucional, a través de la acción de tutela que promovieron, señalaron la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación; a la protección étnica y cultural, al trabajo, al mínimo vital y a la salud. En este sentido, como hecho es claro que la partería es una práctica médica -social y cultural, que es esencial para el cuidado de la población de madres gestantes, el cuidado de la población de personas afrocolombianas y campesinas pertenecientes a la primera infancia y los adultos mayores.

En este orden, la partería nace de formas culturales y territoriales de los afrocolombianos que solo se legitimaron en instrumentos jurídicos y constitucionalmente relevantes a partir de 1991. Para Arocha, dicho proceso nace de las fuerzas político-académicas y de las acciones colectivas que se venían gestando desde la mitad del siglo XX que se inclinaban por “reconocer el papel de las memorias de africanía en la evolución de las culturas negras en América latina” (Arocha, 1999, 103).

Así las cosas, se comprende que la partería es una práctica ancestral compuesta por la cultura, los saberes, la tradición histórica y la relación de las personas con el territorio y con la espiritualidad, cuestión que destaca a la práctica como realidad social y jurídica, la cual debe ser protegida en todas sus formas por el Estado, al resaltarse que constituye un derecho fundamental en la categoría de la protección a la diversidad étnica y cultural de la Nación.

Ahora bien, de acuerdo con la problemática a tratar cuyo principio se interrelaciona de manera conexas a la teoría tridimensional del derecho, se logra demostrar que el problema jurídico en estudio contiene taxativamente la relevancia jurídica del derecho como valor (Krotz, 2002, 37), en el entendido que, el trato desigual, por cierto discriminatorio y arbitrario de las medidas adelantadas por el Ministerio de Salud y de la Protección social, no fueron expresadas en los términos de los valores Constitucionales, éticos y sociales que son referentes progresivos en el ordenamiento jurídico de la nación, porque desde la triple apreciación valorativa del Estado constitucional, la convivencia, solidaridad, la justicia, la democracia, el orden político, económico y social justo; el pluralismo; dignidad humana, la diversidad étnica y cultural, son expresiones normativas y de significaciones para la protección y el establecimiento del conjunto de derechos fundamentales en favor

de la ciudadanía consagrados en la Carta Política de 1991.

La relevancia judicial del asunto plantea la necesidad del análisis desde el plano del derecho como norma, porque, las creaciones históricas de los seres humanos, con arreglo al establecimiento de la organización política (sistema de gobierno), económico, social y cultural, tienen el valor de ser aceptadas como normas, siempre y cuando no afecten los derechos humanos y la moral social.

En efecto, la partería connota el conjunto de prácticas ancestrales del acervo cultural traído de África, por los pueblos negros que fueron secuestrados y humillados bajo el delito de lesa humanidad de la esclavitud, por lo que es un saber que tiene contenido histórico, geográfico, político y sobre todo cultural. En este sentido citando a Hernández Díaz “la juridicidad de la costumbre se supedita a que el juez la acoja como fuente y la aplique a la solución de la controversia.” (2010, 149)

Bajo estos principios y considerando el hecho de que el tema contenía relevancia constitucional, se tiene que en congruencia con la Sentencia C-590 de 2005, cuyo proveído destaca que el asunto jurídico para ser considerado de gran importancia judicial debe relacionar una genuina cuestión de relevancia constitucional en la que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales. Es así como lo genuino se justifica en el hecho, judicial, en los valores que reviste y en la norma, aun cuando haya reflejo de la cosa juzgada, que resulte vinculante al caso.

Conexo a la relevancia que destacó el Alto Tribunal, se tiene un conjunto de valores jurisprudenciales que contribuyen al respeto de los derechos fundamentales de carácter subjetivo. En correspondencia, lo primero que hay que mencionar es que en la Sentencia T-128 de 2022, la Corte efectúa el reconocimiento de la salud y las prácticas etnoculturales de la partería como un ejercicio que reviste de protección constitucional, por lo que en la ratio decidendi, interpretó de forma conforme esta práctica médica, y subsiguientemente argumentó de forma diáfana su amparo como derecho cultural fundamental.

En segundo lugar, la Corte ha venido perfeccionando la distinción de los sujetos de especial protección constitucional, por las circunstancias históricas y realidades sociales. Es así como al advertir que ya se había pronunciado sobre la exequibilidad del Decreto Legislativo 538 de 2020, por el cual se adoptan medidas en el sector salud, para contener y mitigar la pandemia de Covid 19 y garantizar la prestación de los servicios de salud, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, mediante la Sentencia C-252 de 2020 que de forma taxativa configura conexidad automática e integral y hace tránsito a cosa juzgada. (Corte Constitucional, 2020, C-252). Parafraseando la interpretación que hizo la Corte, la vulneración no la provocó, al menos de forma directa, el Decreto en cita, sino que el problema surgió porque el Ministerio de Salud y Protección Social al definir los sujetos merecedores de las prerrogativas no tuvo en cuenta al colectivo de parteras y parteros, como servidores a quienes se les debió pagarles el anotado reconocimiento. (Corte Constitucional de Colombia, 2022).

Es decir, tratándose del análisis sintético del proceso del control de constitucionalidad a la norma de la emergencia social y económica por la pandemia, realizado por el Alto

Tribunal, se puede inferir bajo la teoría de la interpretación que, hizo falta que la Corte dejara claro en su estudio la omisión que en el Decreto 538 de 2020 se hizo acerca del principio de interculturalidad.

En tercer lugar, previa anotación que no hizo la Corte en su momento, con la Sentencia T-128 de 2022, el proveído discute el asunto de las Resoluciones 1172, 1182, 1312, 1468 y 1774 de 2020 mediante las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social definió las condiciones del talento humano en salud que sería destinatario del reconocimiento económico temporal y los perfiles ocupacionales; estableciendo una línea argumentativa que, aunque inicialmente escapaba de la órbita de la procedencia de tutela, en los términos del numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, porque resultaba improcedente para controvertir actos de carácter general, impersonal y abstracto.

La argumentación a la que llegó la Corte fue pragmática, porque logra superar esta barrera al recurrir al precedente establecido en la Sentencia C-132 de 2018 según la cual: (i) por regla general la acción de tutela es improcedente para controvertir actos de naturaleza general, impersonal y abstracta, y (ii) excepcionalmente, es posible acudir al mecanismo de amparo, cuando se comprueba que la aplicación o ejecución de un acto de esta naturaleza comporta la vulneración o amenaza “(...) a algún derecho fundamental de una persona determinada o determinable, y siempre que se trate de conjurar la posible configuración de un perjuicio o daño irremediable en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional” (Corte Constitucional, 2022, T-128).

En cuarto orden, el pronunciamiento de la Corte, contiene una progresiva línea de interpretación del asunto judicial, y además, la aplicación conforme de la teoría de la argumentación, en la que se destaca la flexibilidad de la cosa juzgada frente a la exequibilidad de normas dictadas en estado de emergencia; dado que, existiendo la cosa juzgada constitucional sobre el Decreto 417 del 20 de marzo de 2020, la Corte logró encontrar que las Resoluciones que fueron expedidas bajo sus artículos, originaron trato desigual, violación de derechos fundamentales, por lo que procedió a amparar los derechos reclamados por las organizaciones de parteras, bajo la identificación del yerro en las Resoluciones emanadas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, porque la Corte observó que procede el medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 para los actos administrativos de carácter general, que de forma diáfana no lesionó el principio de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, pero sí sirvió para remediar perjuicio o daños en contra de las parteras, lo que ofrece un nuevo alcance de la pacífica línea argumentativa para que el juez de tutela, pueda fallar, bajo el faro de esta interpretación casos de relevancia, en garantía de la protección de los derechos con conexidad a la cultura y las prácticas ancestrales.

Conclusiones

La relevancia jurídica se erige como la regla general más importante a la hora del estudio judicial de un caso en litigio, cuyo problema jurídico evidencia un tema genuino para el juez. En este sentido, bajo la teoría de la argumentación elegida por la Corte Constitucional, la cual, en este estudio se aproximó por analogía a la Argumentación de Atienza, tanto en la producción, aplicación y argumentación que debe hacer el

jurista; como también se aproximó por la referencia antropológica y sociológica a la tridimensional teoría del derecho de Reale, y de manera congruente con el precedente con el cual la Corte, ha consolidado la línea hermenéutica de la relevancia judicial para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Bajo este sistema tripartito de doctrinas jurídicas se tiene que la Corte acertó al tutelar los derechos fundamentales más allá de lo decidido por el *a quo* y el *ad quem*, en favor de las parteras, al ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social que en un plazo máximo de seis meses efectúe el pago del reconocimiento económico temporal consagrado en el Decreto Legislativo 538 de 2020 a las parteras adscritas a las agremiaciones accionantes, y garantice el goce de los demás derechos reclamados.

Desde el derecho consuetudinario, las parteras son personas sabedoras de la medicina tradicional en los contextos geográficos que habitan los pueblos afrocolombianos, hecho por el cual, no pueden ser desconocidas por el Estado colombiano, tal como se evidenció en las respuestas que ofreció el Ministerio de Salud, al señalar que no hacían parte del personal de salud y más grave aún, expresar que la partería no es una carrera profesional válida en Colombia. Los saberes tradicionales en la medicina son parte de los elementos y principios del derecho fundamental a la salud, referido a la interculturalidad. Por tanto, la experiencia ancestral y cultural, ha permitido que, pese a las situaciones de abandono y olvido estatal, las parteras hayan podido atender una cifra, según el Dane superior a los 2.979 niños y niñas de los 512.185 nacidos en 2020 en Colombia, lo que demuestra categóricamente el valor funcional, necesario y vital de su saber empírico.

Desde la consideración de la antropología jurídica, el juez debe fallar en concordancia con las fuentes del derecho, en la que la costumbre permite comprender asuntos jurídicos de forma detallada. De esta forma se deben proteger los derechos fundamentales de carácter subjetivos con arraigo a la diversidad étnica y cultural de la Nación. Por tanto, la partería debe ser considerada un aprendizaje especializado de la educación no formal, que conduce a la adquisición del conocimiento de la medicina integral para la atención de partos. Es un saber ancestral y una expresión de la diversidad étnica y cultural de la Nación y, por tanto, patrimonio inmaterial de los colombianos. Es una práctica predominantemente femenina, propia de las comunidades afrodescendientes, cuyo objeto principal es acompañar la gestación, el parto y los primeros días del neonato. Las parteras prestan servicios de salud, diagnóstico y medicina ancestral a las comunidades a las que pertenecen, de hecho, en algunos lugares apartados es la única fuente del servicio médico. Es una práctica propia de comunidades geográficamente remotas del territorio colombiano, particularmente del litoral Pacífico. El distanciamiento geográfico de las comunidades y sus parteras coincide con lugares de conflicto o violencia que ponen en riesgo su vida e integridad física.

La partería materializa la libertad de la mujer para decidir autónomamente cómo acompañar su embarazo y garantiza los derechos sexuales y reproductivos de estas mujeres, a través de educación sexual y planificación familiar. En este sentido, el reconocimiento de la identidad en términos constitucionales ha generado el progreso de valores comunitarios reconocidos por el Alto Tribunal en términos de otorgar derechos desde la conceptualización positiva y la jurisprudencia. Dando especial relevancia a la costumbre como fuente formal del derecho positivo en Colombia.

Referencias bibliograficas

- Arocha, J. (1999). Ombligados de Ananse. Hilos ancestrales y modernos en el litoral pacífico colombiano. *Historia y sociedad*, (6). 271-272. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/3097>
- Atienza, M. (2009). Para una teoría de la argumentación. *Revista Doxa*. Alicante, Número 8, 1990, 39-61.
- Botero, C. (2009). La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2009.
- Broudel, F. (1969). Las civilizaciones actuales. Barcelona, Tecnos, 1969
- Castells, M. (1999). La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol 1. La sociedad red. 1999. México DF, Siglo XXI editores.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 70 de 1993. Diario Oficial. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7388>
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1164 de 2007. Diario Oficial. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=26903>
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1437 de 2011. Diario Oficial. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>
- Congreso de la República de Colombia. (2015). Ley 1751 de 2015. Diario Oficial <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=60733>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2005). Sentencia C-590. Magistrado Ponente Jaime Córdoba. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-590-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2018). Sentencia C-132 de 2018. Magistrado Ponente Alberto Rojas. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-132-18.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2018). Sentencia SU-113 de 2018. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU113-18.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2020). Sentencia C-252 de 2020. Magistrado Ponente Cristina Pardo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-252-20.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2021). Sentencia SU-245 de 2021. Magistrado Ponente Diana Fajardo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU245->

21.htm

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2022). Sentencia T-128 de 2022. Magistrado Ponente Gloria Ortiz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-128-22.htm>

De Sousa Santos, B. (2009). Sociología jurídica crítica. Madrid, Trotta.

Frasser, N. (2006). ¿Redistribución o reconocimiento? Madrid, Paideia.

García Villegas, M. Espinosa, J. (2013). El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institutcional en Colombia. Bogotá, DeJusticia.

Presidencia de la República de Colombia. (2020). Decreto 417 de 2020. Por el cual se declara el estado de emergencia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110334>

Presidencia de la República de Colombia. (2020). Decreto 538 de 2020. Por meido del cual se adoptan medidas en el sector salud. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=111934>

Presidencia de la República de Colombia. (2020). Resolución 599 de 2021. chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20599%20de%202021.pdf

Habermas, J. (1999). La inclusión del otro. Estudios de teoría política. Barcelona, Paidós.

Hernández Díaz, C. (2010). La costumbre como fuente del Derecho. Criterio Jurídico Garantista. <https://doi.org/10.26564/21453381.321>

Kelsen, H. (2012). Teoría del derecho internacional consuetudinario. México, Ediciones Coyoacán.

Krotz, E (2002). Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. Anthropos/Universidad Autónoma Iztapalapa. Colección Antropología, Número 36, Barcelona.

Lemaitre, J. (2008). El derecho como conjuro. Bogotá, Siglo del hombre editores, 2008.

Miceli, P. (2012). Derecho consuetudinario y memoria Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León, siglos XI-XIV. Dykinson.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, L. (2016). El Derecho Consuetudinario y los Conocimientos Tradicionales. OMPI.

Paulsen, Abraham. "Los aportes de Friedrich Ratzel y Halford Mackinder en la construcción de la geografía política en tiempos de continuidades y cambios" En Revista Espacios.

Vol 5, No 9, 2015. <https://doi.org/10.25074/07197209.9.372>

Radcliffe-Brown, A. (1986). Estructura y función en la sociedad primitiva. Barcelona, Planeta.

Reale, M. (1997) Teoría tridimensional del derecho. Madrid, Tecnos.

Sartori, G. (2005). Elementos de teoría política. Madrid, Alianza.

Sen, A. (2009). La idea de la justicia. Bogotá, Taurus.

Serrano, E. (2016). ¿Por qué fracasa Colombia? Delirios de una nación que se desconoce a sí misma. Bogotá, Planeta.

Tilly, Ch. (1991). Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes. Madrid, Alianza.

Weber, M. (2008). Escritos políticos. Madrid, Alianza, 2008.