



Universidad de **Nariño**

FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica  
**CODEX**

Volumen 8 N° 14 - 2022

ISSN: 2463-1558

ISSN-E: 2463-2031



# Revista Científica CODEX

## Volumen 8 Nº 14 Año 2022

**MARTHA SOFÍA GONZÁLEZ INSUASTI**  
Rectora Universidad de Nariño

**JORGE FERNANDO NAVIA ESTRADA**  
Vicerrector Académico

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

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

**DIRECTORA GRUPO DEJURE**  
**Derecho, Justicia y Región**

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

**DIRECTOR GRUPO CEJA**  
**Centro de Estudios Jurídicos Avanzados**

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

### COMITÉ EDITORIAL

#### MIEMBROS EXTERNOS:

#### **EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO**

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

#### **DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA**

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

#### **JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ**

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

#### **GAMAL MOHAMMAND ATSHAN RUBIANO**

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

## **MIEMBROS INTERNOS**

### **JUAN CARLOS LAGOS MORA**

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

### **MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN**

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

### **OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO**

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

### **CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO**

Magister en Derecho Público - Magister en Derecho Administrativo.

Especialista en Derecho Constitucional - Especialista en Derecho Contencioso Administrativo.

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

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

### **MIEMBROS EXTERNOS**

#### **GUSTAVO GARCÍA BRITO**

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

#### **LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA**

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

#### **ROBERTO MOLINA PALACIOS**

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

#### **ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ**

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

## **MONITORA**

#### **ISABEL RAMÍREZ VILLOTA**

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño.

## **APOYO**

#### **GRAFICOLOR PASTO SAS**

Aura C. Torres B.

Juan Pablo Rosero Gomajoa  
Leidy Valentina Pérez Tutalchá  
Luis Alejandro Muñoz Bolaños

#### **FILIACIÓN INSTITUCIONAL Universidad de Nariño**

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

Torobajo, Bloque D,

Facultad de Derecho

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

email: [derecho@udenar.edu.co](mailto:derecho@udenar.edu.co)

Página web revista:

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

email revista: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

Teléfono: (+57) 602 7315438

Vol. 8 N° 14. Año 2022

## **Portada**

Homenaje al Maestro

#### **ÁNGEL MARTÍNEZ SEGURA**

Fotografía: Archivo familiar.

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

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO**

**DEFINICIÓN DE LA REVISTA**

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

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

ISSN: 2463 - 1558

ISSN-E: 2463 - 2031

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

**ENTIDAD EDITORA**

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

Página web: [www.udenar.edu.co](http://www.udenar.edu.co)  
[derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co)

**VERSIÓN ELECTRÓNICA**

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

**DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO  
ELECTRÓNICO**

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

Correo electrónico:

[rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

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

**SISTEMA DE ARBITRAJE**

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

**BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES**

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

Las directrices pueden consultarse en:  
[http://publicationethics.org/files/International%20standard\\_editors\\_for%20website\\_11\\_Nov\\_2011.pdf](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

**CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE**

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

## CONTENIDO

EDITORIAL: HOMENAJE A ÁNGEL MARTÍNEZ SEGURA .....	7
CARACTERIZACIÓN DE LOS CONSTITUCIONALISMOS EMERGENTES EN AMÉRICA LATINA: DIFERENCIAS ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO A PARTIR DEL SEGUIMIENTO DE SENTENCIAS HITO EN COLOMBIA, ECUADOR Y BOLIVIA .....	11
<b>Andrés Felipe Luna Burbano, Carmen Helena Montilla Eraso, José David Narváez Velasco</b>	
DISCAPACIDAD ¿UN MOTIVO ACORDE A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA? .....	51
<b>Cristian Andrés Martínez Calvache</b>	
LA CONTROVERSIA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CURSO DEL PROCESO EN COLOMBIA .....	81
<b>Duván Esteban Chaves Rivas</b>	
FECUNDACIÓN IN VITRO Y DERECHO A LA IGUALDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA .....	105
<b>Daniela Alexandra Narváez Jiménez</b>	
LAS PRUEBAS DE POLÍGRAFO Y VISITAS DOMICILIARIAS PARA LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LAS EMPRESAS PRIVADAS: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL .....	127
<b>Katherine Mora Caicedo</b>	
APLICACIÓN DE FLEXIBILIDAD PROBATORIA CON ENFOQUE DE GÉNERO EN CASOS JUDICIALES LABORALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DOMÉSTICOS EN COLOMBIA .....	154
<b>María Emilia Jurado</b>	
INDICE DE AUTORES .....	186
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO .....	188
INSTRUCCIONES PARA AUTORES .....	191
MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS.....	197
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA.....	203
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA.....	204

## **EDITORIAL**

### **HOMENAJE A ÁNGEL MARTÍNEZ SEGURA**

La historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, data de mediados del siglo XIX cuando surgió primero como cátedra, posteriormente como escuela de jurisprudencia y ya en el siglo XX como Facultad (Goyes, 2012). Ahora bien, cuando se quiere hacer historia de las instituciones de educación superior, es fundamental ubicar en el centro de dicha evolución a los actores fundamentales, son ellos, los estudiantes y los docentes, al finalizar el siglo XIX unos y otros era sólo varones, porque el ingreso de las mujeres a la universidad sería una conquista del siglo siguiente (Goyes, 2012).

La editorial de esta revista se dedica a resaltar la vida de aquellos docentes que por sus especiales cualidades personales, por los acontecimientos que enfrentaron o por los aportes que realizaron se consideran hitos en la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño. Uno de esos personajes fue Ángel Martínez Segura, a cuya vida, trayectoria y quehacer académico se dedicará este escrito.

Lo primero es afirmar que Martínez Segura es oriundo del Departamento de Nariño, lugar en que nació el 28 de mayo de 1866, adelantó sus estudios de primaria en la ciudad de Pasto, luego se trasladó a Quito para culminar su formación como humanista. De regreso a Pasto, por razones personales, ingresó al Colegio Académico y allí comenzó sus estudios jurídicos, los que culminó en la Universidad Nacional de Colombia, institución que le otorgó el título de “Doctor en Derecho y Ciencias Políticas” en el año de 1894 (Goyes, 2012).

En el año de 1886, Colombia promulgó la Constitución Nacional de 1886, poniendo fin a la Carta Política de 1863 y a todo vestigio del pensamiento liberal; en su lugar, el movimiento de la Regeneración, impuso un nuevo texto constitucional que regiría por algo más de una centuria, en el cual no sólo se consagró la unificación nacional, sino que además el Estado colombiano se reconoció como confesional, adoptando la religión católica como la oficial, a la que le entregó la potestad de orientar la educación pública nacional. De esta forma comenzó una etapa conocida como “hegemonía conservadora”, que terminó en el siglo siguiente, en medio de los graves escándalos políticos protagonizados por el gobierno de Abadía Méndez a raíz de los hechos conocidos como la masacre de las bananeras.

En el contexto antes descrito, Ángel Martínez Segura, se destacó por la pulcritud y decencia con que asumió las diferentes responsabilidades que le fueron asignadas, ya en el sector público, ya en la rama judicial, ya en la docencia universitaria, ya en el sector privado. La transparencia de su vida profesional y sus especiales cualidades como académico, lo llevaron a que en los albores del siglo XX y concretamente a que en 1924 fuera designado Rector de la Universidad de Nariño, honor que asumió con seriedad, trabajo, pulcritud y con el deseo de contribuir a la consolidación y de desarrollo del primer centro de educación superior (Goyes, 2012).

Le correspondió desde esta dignidad enfrentar la grave crisis financiera que desde su fundación ha vivido la Universidad y situación que hizo explícita en su informe de actividades de 1925, al demostrar que los reducidos ingresos ni siquiera alcanzaban para cubrir los gastos de funcionamiento, ni el pago de honorarios de docentes y personal administrativo. Solicitó con urgencia un apoyo adicional del Congreso para superar tan difícil momento (Goyes, 2012).

Tales medidas coincidieron con el auge del movimiento estudiantil a nivel nacional y la conformación de la Federación de Estudiantes, quienes compartían las preocupaciones por la calidad educativa, al mismo tiempo

impulsaban el compromiso con los sectores más vulnerables. Gracias a una gestión de la reina universitaria, se organizó una Escuela Nocturna para artesanos, que contó con el apoyo del estudiantado universitario y del Concejo Municipal de Pasto (Goyes, 2012).

Las relaciones entre el sector estudiantil y el Rector Martínez Segura se distanciaron frente al carácter autoritario del Reglamento Universitario, a la no revisión de los programas y sus contenidos, que a juicio de los estudiantes eran obsoletos y que no daban respuesta a las necesidades del momento. Tanto la Federación de Estudiantes como los medios de comunicación liberales se distanciaron del Rector y en el Periódico Renovación No. 2 se denunció al Consejo Universitario por desconocer la voz de gremio estudiantil con el argumento de que carecían de personería jurídica. La situación se tornó crítica cuando el Rector inicialmente y luego el Consejo Directivo con el mismo argumento de la falta de personería se negaron a contestar una petición estudiantil relacionada con el uso de la biblioteca (Goyes, 2012).

Los estudiantes solicitaron la salida del Rector Martínez Segura y ante el silencio del gobierno departamental, se declararon en huelga. Llegado el momento de las matriculas para el nuevo periodo se negó este derecho a los dirigentes huelguistas, salvo que se disculparan por sus irrespetos al Rector, disculpas que jamás se presentaron. En el texto “Historia de la Universidad” (como se citó en Goyes, 2012), se comenta que el origen de este problema fue la resolución No.7 de la Facultad de Ingeniería, según la cual las clases iniciarían en el mes de noviembre y no en octubre, medida que buscaba una reducción de los gastos y que dio origen al malestar del estudiantado.

Con el fin de dar una salida a este impase y recuperar la normalidad institucional se dictó el Decreto 450 del 18 de septiembre de 1928, mediante el cual, una vez más, Benjamín Belalcázar fue designado Rector de la Universidad (Álvarez, como se citó en Goyes, 2012).

Finalmente, se destaca en la amplia trayectoria del Doctor Martínez Segura, su paso como docente de la Facultad de Derecho, en las cátedras de Derecho Civil 1 y 2, entre 1922 y 1923, Filosofía del Derecho y Derecho Civil 3, entre 1923-1924 y Economía Política entre 1924-1925 (Goyes,

2012. Pág.124-126), formando a una generación de ilustres abogados y quedando en la historia de esta centenaria Universidad.

**Isabel Goyes Moreno.**

Docente Postgrados

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Nariño

REFERENCIAS

Goyes, I. (2012). Historia Curricular Derecho (1904-1936) Universidad de Nariño. Editorial Universidad de Nariño.

# **CARACTERIZACIÓN DE LOS CONSTITUCIONALISMOS EMERGENTES EN AMÉRICA LATINA: DIFERENCIAS ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO A PARTIR DEL SEGUIMIENTO DE SENTENCIAS HITO EN COLOMBIA, ECUADOR Y BOLIVIA**

**Andrés Felipe Luna Burbano\***  
**Carmen Helena Montilla Eraso\*\***  
**José David Narváez Velasco\*\*\***

Fecha de recepción: 7 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 18 de abril de 2022

Referencia: Luna, A., Montilla, C., Narváez, J (2022). Caracterización de los constitucionalismos emergentes en América Latina: diferencias entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano a partir del seguimiento de sentencias hito en Colombia, Ecuador y Bolivia. *Revista Científica Codex*, 8(14), XX-XX.

## **RESUMEN**

Las décadas de los 80 y 90 del siglo XX, representan para América Latina una época de transición jurídica que trajo como resultado el surgimiento de nuevas perspectivas y formas de entender el derecho constitucional en

---

\*Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

\*\*Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

\*\*\*Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

la región: el Neoconstitucionalismo y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano [NCL]. El primero, con raíces europeas, parte de una categorización de derechos para su materialización y un papel preponderante de los jueces para lograr su garantía. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, por su parte, proviene de los movimientos sociales y se nutre de nuevas epistemologías desde el sur para proponer la nominación y garantía de derechos que aún no se ha logrado del todo en América Latina. El presente artículo hace una revisión general de algunas sentencias importantes de Colombia, Ecuador y Bolivia que trabajan estas visiones novedosas del derecho latinoamericano y profundizan algunos aspectos trascendentales dentro de estos ordenamientos jurídicos, tales como la dignidad humana, el buen vivir, la naturaleza como nuevo sujeto de derecho y la irrupción de nuevas teorías de fuentes que ayudan a la labor interpretativa de los jueces para, finalmente, establecer algunas caracterizaciones propias de cada corriente.

**Palabras clave:** Neoconstitucionalismo, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, juez dialógico, Buen Vivir, Nuevos sujetos de derechos.

## **ABSTRACT**

The 1980s and 1990s represent for Latin America a period of a legal transition that resulted in the emergence of new perspectives and ways of understanding constitutional law in this region: The Neoconstitutionalism and New Latin American Constitutionalism. The first with European roots, starts from a categorization of rights for their materialization and a preponderant role of the judges to achieve their guarantee. On the other hand, The New Latin American Constitutionalism comes from social movements and nourished by the new epistemologies from the South to propose the nomination and guarantee of rights that have not been fully achieved in Latin America, yet. This article makes a general review of some important judgments of Colombia, Ecuador and Bolivia that work

these new visions of Latin American law and they deepen some transcendental aspects in more detail within these legal systems such as human dignity, good living, nature as new subjects of rights and the emergence of new theories of sources that help the interpretative work of judges to finally establish some characterizations of each current.

**Keywords:** Neoconstitutionalism, New Latin American Constitutionalism, dialogical judge, Good living, New subjects of rights.

## INTRODUCCIÓN

El estudio entre Neoconstitucionalismo y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano [NCL] se encuentra en permanente elaboración, llegando a presentar varias confusiones en la doctrina del derecho constitucional. Lo anterior, desconociendo que estas dos corrientes presentan grandes diferencias sistémicas y estructurales, tales como los sujetos de derecho, el papel del juez en la interpretación judicial y efectivización de derechos, así como en la fuente del poder constituyente.

Durante las décadas de los 80 y 90, Latinoamérica vivió una época de transición jurídica que trajo como fruto el surgimiento de nuevas perspectivas y formas de entender el derecho. Cada país, con su acervo cultural y social, ha aportado retos y conocimientos nuevos a los ordenamientos jurídicos locales, permitiendo el desarrollo de nuevos derechos donde el protagonista ya no es la estructura del Estado sino la sociedad en general, que pasa a ser el constituyente primario a la par de un salto del constitucionalismo contemporáneo a nuevas perspectivas constitucionales con énfasis en la eficacia directa de derechos.<sup>2</sup>

En América Latina, el Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano surgen durante el siglo XX, dejando a

---

<sup>2</sup> Contrario al concepto de efectivización, la eficacia consiste en la cualidad que tienen los derechos para producir los resultados deseados a partir de la certeza de que estos son derechos vigentes y pueden ser respetados (Hernández, 2015).

su paso bastantes discusiones sobre la categorización de derechos, sus formas de hacerlos efectivos y los sujetos que aparecen como titulares o garantes de los mismos. En el caso del primer movimiento, a primera vista se observa que es producto de una constante evolución dentro de la dinámica de las sociedades liberales y donde los ordenamientos jurídicos latinoamericanos guardan estrecha similitud con los europeos. En otras palabras, trabaja y desarrolla los estándares de un Estado liberal como muchos Estados nación latinoamericanos lo demuestran (Viciano y Martínez, 2010b).

A pesar de la fuerte influencia liberal en la región, en varios lugares de América Latina se divulgaron las ideas del Estado social de derecho; ejemplo de ello es la Constitución colombiana de 1991, cuya impronta social se encarga de promover y garantizar principios como el de la dignidad humana, igualdad, libertad y participación política de todos los ciudadanos. Si bien estos textos se pueden considerar como más garantistas y progresistas, aún guardan relación con los modelos europeos (principalmente el español y alemán), los cuales se consagran como un Estado democrático y social, con reconocimiento a gran cantidad de derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano no presenta una postura clara respecto al modelo económico; empero, no se puede desconocer la estrecha relación entre los sistemas jurídicos y económicos de Europa, Estados Unidos y América Latina, que va mucho más allá de la colonización. En ese orden de ideas, se entiende que no existe un derecho latinoamericano que piense en un modelo económico distinto al que ha imperado durante los dos últimos siglos. En consecuencia, los modelos económicos se acoplaron al marco jurídico y al de la explotación de la naturaleza de una manera semejante al modelo liberal.

Es importante aclarar que esto depende de las regiones donde se desarrollen los diferentes textos constitucionales. Para el caso de Colombia, al organizarse como un Estado social de derecho, su modelo

económico podría entenderse como flexible, dependiendo de las circunstancias políticas, sociales y económicas. De esta manera, como patrón predominante en Latinoamérica, el neoliberalismo ha tratado de ingresar en el marco jurídico de este tipo de Estados, de modo que ciertas garantías sociales no se han desarrollado a profundidad (Itarralde, 2015). A pesar de ello, esta nueva oleada de textos constitucionales como fruto de luchas sociales, involucra a nuevos actores y nuevas formas de entender las normas jurídicas, así como su aplicación en la sociedad.

Contemporáneamente, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se han convertido en objeto de estudio por varios doctrinantes del derecho y la sociología jurídica. Esta investigación, representa un aporte significativo para aquellos interesados en profundizar en corrientes constitucionales y en la búsqueda de un derecho verdaderamente latinoamericano. En el desarrollo del presente trabajo se pretende realizar una revisión general de algunas sentencias destacables que trabajan esta visión del derecho en América Latina, con el fin de escudriñar discursos novedosos referentes a la transformación social, vinculados con cosmovisiones indígenas y regionales, permitiendo el desarrollo de principios como el buen vivir, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho y una teoría de las fuentes diferente que influye en la materialización y efectivización de los derechos y en la relación hombre-naturaleza.

Este proceso de conceptualización del nuevo derecho se aborda desde dos corrientes propias del entorno jurídico: por un lado, se encuentra el Neoconstitucionalismo de raigambre europeo que parte de una categorización de derechos para su efectivización y un papel preponderante de los jueces en la garantía material de éstos; por otro lado, se encuentra el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que surge a raíz de las luchas sociales, la búsqueda de garantías de derechos sociales que antes no estaban materializados, así como la necesidad de encaminar los proyectos políticos hacia el cuidado de la naturaleza, con fundamento en corrientes contrahegemónicas y decoloniales.

## **1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU INFLUENCIA EN AMÉRICA LATINA**

Es preciso iniciar con la conceptualización de la primera de las corrientes a analizar: el Neoconstitucionalismo. Como teoría jurídica, según Ordoñez (2016), tiene su origen en Italia y, principalmente, se mueve dentro del ámbito de la teoría y filosofía del derecho, constituyendo desarrollos teóricos donde los principios y valores se convierten en limitantes del ejercicio del poder al interior de un Estado y pasan a ser determinantes en las decisiones judiciales y la teoría de la ponderación en la garantía de derechos fundamentales y principios constitucionales.

Por este motivo, el Neoconstitucionalismo constituye un pilar relevante en los ordenamientos jurídicos de América Latina. Por ejemplo, para el caso de Colombia, según Carrillo (2010), las normas constitucionales que contienen principios y valores que permean el derecho ordinario, permiten que el juez constitucional sea protagonista en la búsqueda de una justicia material y no únicamente en la garantía de la seguridad jurídica.

Desde esta óptica, la forma en que se garantiza la justicia material se manifiesta en la protección de derechos fundamentales que ya existían desde antes del Neoconstitucionalismo. Vale la pena resaltar, por ejemplo, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano va más allá de la sociedad francesa, porque su redacción deja entrever que va dirigida no solo a los hombres franceses, sino a todos en general, y sus principios buscan organizar cualquier sociedad (Carbonell, 2010).

Incluso, el constitucionalismo liberal abogó por la protección de derechos universales que, según Ferrajoli (2001), se entienden como fundamentales porque van dirigidos a todos los sujetos que puedan ser titulares de ellos. Por ejemplo, la libertad de expresión, la vida o los derechos civiles y políticos, tienen como titulares a todas las personas que

forman parte de la sociedad, entendidas dentro del contexto imperante de la época. Tras la Segunda Guerra Mundial, se impulsó el surgimiento de una nueva corriente del derecho, donde las constituciones adquieren protagonismo en los ordenamientos jurídicos. Uprimny (2007) menciona que las constituciones de la posguerra reconocen derechos y valores y, a través de la justicia constitucional, establecen mecanismos para efectivizarlos.

Las constituciones que surgieron a partir de los años 70 del siglo XX, ya no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos; ya no son de carácter político y programático, sino que empiezan a adquirir un componente normativo. Así pues, Carbonell (2011) afirma que estas cartas políticas contienen normas materiales o sustantivas, expresadas en la consagración de derechos fundamentales que condicionan la actuación del Estado y transforman sus relaciones con los ciudadanos.

En América Latina, el Neoconstitucionalismo se centró en una “concepción garantista de derechos humanos, del Estado de Derecho, y el papel preponderante de los jueces en la promoción de justicia social” (Castillo, 2015, p. 189). En Colombia, por ejemplo, el diseño constitucional consagra varios derechos sociales, como los presentes en los artículos 46, 47 y 48, referentes a la seguridad social; el artículo 49 sobre el derecho a la salud; el artículo 53 alusivo al trabajo; y los artículos que comprenden desde el 67 hasta el 69, relacionados con la educación. Sin embargo, es en la Corte Constitucional donde se encuentra el mayor desarrollo de justicia social.

A partir de lo anterior, es posible afirmar que las características esenciales del Neoconstitucionalismo se vislumbran en las diferentes constituciones del mundo jurídico a partir de la posguerra que procedió a la Segunda Guerra Mundial, donde las constituciones empezaron a verse marcadas por una importante fuerza normativa a partir de la consagración de principios y valores que permearon todo el ordenamiento jurídico, dotando de un importante protagonismo al juez

constitucional.

## **2. LUCHA POR LOS DERECHOS SOCIALES**

Antes de iniciar con la conceptualización sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, la segunda de las corrientes objeto de análisis, es preciso realizar una revisión previa sobre aquellos movimientos y luchas de tipo social que dieron origen a las actuales constituciones de Colombia, Bolivia y Ecuador, tal como se expone en el desarrollo del presente capítulo.

Los procesos constituyentes que han antecedido a las constituciones actuales de Colombia (1991), Bolivia (2009) y Ecuador (2008), se han caracterizado por ser procesos en gran medida de corte liberal, en oposición a la construcción de las cartas constitucionales que actualmente rigen el ordenamiento jurídico de Bolivia y Ecuador, que son producto de una amplia gama de luchas sociales e indígenas.

En el caso de Colombia, si bien existen grandes cambios con respecto a la constitución anterior, la carta actual aún presenta ese arraigo liberal frente al modelo económico (arts. 333, 337, 365). A pesar de ello, se puede considerar que en “el primero de los procesos constituyentes del nuevo constitucionalismo latinoamericano, el colombiano de 1991, la forma había cambiado radicalmente y se apreciaba un inicio claro de activación de la soberanía del pueblo a través del proceso constituyente” (Viciano y Martínez, 2010a, p. 12). En ese sentido los nuevos procesos constituyentes de América Latina juegan un papel importante a la hora de entender lo que ha implicado el desarrollo del constituyente latinoamericano de una manera más empírica que teórica, entendiendo, a su vez, al Neoconstitucionalismo como un proceso político de transformación social (Viciano y Martínez, 2010b).

Pese a la destacable trascendencia del proceso constituyente colombiano de 1991, el cual, según Viciano y Martínez (2010b) responde a

un llamado social precedido de movilizaciones que demuestran la necesidad de iniciar con dicha transformación a partir de la articulación de una asamblea constituyente plenamente democrática; por ser una nueva construcción teórica y práctica que no se había dado antes, carece del referéndum de ratificación popular que resulta el aspecto nuclear de legitimación de la constitución y uno de los ejes de este nuevo constitucionalismo<sup>3</sup>. No obstante, se convierte en una carta política capaz de cambiar el devenir del país hasta el punto de ser considerado como el inicio del constitucionalismo colombiano.

Se trata, entonces, de una nueva narrativa constitucional que entra en un choque fuerte con las políticas económicas tradicionales, enfrentando una pugna desde los sectores indígenas y los sectores sociales que luchan por la consecución de sus derechos contra las clases dominantes que impulsan una economía de mercado y que han ostentado el poder por muchos años. Esta contradicción marca una gran tarea para los jueces constitucionales, pues, pese a la amplia positivización de derechos, su efectividad (en la gran mayoría de los casos) queda en manos del aparato judicial y son ellos quienes, a través de la interpretación de derechos, convierten un texto meramente nominal en un texto transformador que vincula al Estado y a la sociedad en su cumplimiento.

Frente al proceso dado en Bolivia, se libraron varias batallas tales como la búsqueda de garantías de derechos sociales; el replanteamiento del sistema económico y los nuevos sujetos de derecho en el marco del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Por tal motivo, al encontrar una norma superior fruto de un proceso amplio de construcción popular que plantea nuevas alternativas a la economía tradicional, estas visiones permiten la concepción de una

---

<sup>3</sup> Los mismos autores resaltan que los ejes vertebrales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en sus procesos constituyentes son: 1. una necesidad constituyente producto de una crisis social y política; 2. un referéndum activador del proceso constituyente; 3. un referéndum de aprobación del texto constitucional y; 4. un producto constitucional que quedaría protegido contra eventuales reformas a cargo de los poderes constituidos (Viciano y Martínez, 2010b).

Economía plural [que] puso en debate cuestiones que antes eran impensables: el lugar y el papel del Estado en la economía...las posibilidades concretas de la integración de los subsistemas económicos y su reconocimiento constitucional, la importancia de la filosofía del vivir bien practicada por los pueblos indígenas y campesinos en las cadenas económicas, la riqueza de la naturaleza y su protección (Piñeros, 2011, p. 136).

Por su parte el proceso ecuatoriano presenta rasgos de similitud con respecto al choque que se evidencia con las clases tradicionales y la pugna latente entre sistemas económicos. En el seno de estos debates, se plantea que:

Desde los movimientos sociales se afirman los discursos étnicos, feministas, ecologistas; desde los círculos de pensamiento crítico se abre un debate de alternativas al modelo de desarrollo; los partidos políticos pierden legitimidad y se afirman las demandas por participación y emerge un discurso ciudadano (Hidalgo, 2011, p. 88).

Desde comienzos de los años 90, Ecuador vivió una serie de sucesos que, posteriormente, desembocaron en la Asamblea Constituyente y la promulgación de la Constitución de 2008. Las diversas movilizaciones que se dieron por parte de los pueblos indígenas permitieron que estos se posicionaran como sujetos políticos contrahegemónicos y que se lograra la promulgación de la Constitución de 1998 que abre paso a la declaratoria del país como un Estado Social de Derecho pluriétnico y multicultural (Ariza y Rodríguez, 2019).

Por lo tanto, es importante comprender que, dentro de los procesos de formación de las actuales constituciones de Colombia, Bolivia y Ecuador, el poder constituyente retoma las riendas de cada uno de los Estados, resignificando los deberes, principios y derechos consagrados en los textos constitucionales, abarcando las cosmovisiones, reconociendo la pluriculturalidad e impulsando la inclusión de una perspectiva contrahegemónica como aspecto de máxima importancia para la construcción propia de Estado, que permita una mayor garantía de

derechos para las poblaciones.

### **3. UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO EMERGENTE**

Tras la realización de un recorrido a través de los postulados esenciales de la corriente neoconstitucionalista y de aquellos contextos sociales que impulsaron la germinación de luchas y movimientos en Colombia, Bolivia y Ecuador, que produjeron como resultado el surgimiento de las actuales constituciones de los Estados en mención, es posible iniciar con la caracterización de la segunda corriente objeto de análisis del presente artículo: el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, mediante el estudio de su origen e influencia en los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados bajo estudio.

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es el resultado de una variada serie de procesos sociales que surgen debido a los altos niveles de desencanto político y de desconfianza de las y los ciudadanos hacia las instituciones del Estado y los partidos políticos tradicionales. Todo esto culminó en una reformulación constitucional en países como Ecuador, el cual habla de una nueva forma de convivencia ciudadana enfocada en la diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir (Villabella, 2010).

La visión holística e integral del concepto del buen vivir está postulada a lo largo de la Constitución, y se presenta como un principio ordenador en el Estado ecuatoriano (Avendaño, 2009). En efecto, en su articulado constitucional se promueve una alternativa que es, en esencia, anticapitalista y, desde el punto de vista decolonial de los territorios latinoamericanos, se propone la superación del capitalismo y neoliberalismo. “En términos específicos, se intenta asegurar el acceso a la propiedad de los sectores más postergados, y al mismo tiempo evitar la formación de grandes monopolios” (Avendaño, 2009, p. 558).

Bolivia por su parte, cuenta con uno de los más grandes alcances,

teniendo como base el reconocimiento constitucional puro y simple de sus pueblos indígenas originarios y su participación efectiva en todos los niveles del poder estatal y en la economía nacional. Se establece todo un capítulo para los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, donde se habla acerca de una cuota de parlamentarios, de justicia indígena, de un tribunal constitucional plurinacional de elección popular, un órgano electoral plurinacional, entre otros encaminados a la protección de las comunidades indígenas. Se propone también un alto grado de autonomía, reconociendo así distintos niveles de descentralización: departamental, regional, municipal e indígena; lo que implica una elección directa y autónoma de autoridades, así como la administración de sus recursos económicos (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [C.P.], 2009).

Ahora, en el caso de Colombia, la Constitución se encuentra dentro del marco de un desarrollo sostenible y es reconocida en la historia de las constituciones colombianas como la “Constitución verde” debido a su articulado dirigido a la protección del medio ambiente, pero no se tiene mayor trascendencia en derechos sociales encaminados a una figura semejante al buen vivir. Así pues, esta Constitución ha tenido acercamientos con respecto al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, tales como el surgimiento de la protección obligatoria de los recursos naturales de la nación, la función ecológica de la propiedad, la formación ambiental, el derecho a gozar de un ambiente sano, el desarrollo sostenible, la acción popular como instrumento para garantizar lo anterior; deberes ambientales de los ciudadanos, internacionalización de las relaciones ecológicas, así como funciones ambientales en cabeza de las contralorías, las procuradurías, las asambleas departamentales y concejos municipales, siendo estos avances los más destacables (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991).

Si bien los textos constitucionales de los países mencionados ofrecen un breve panorama de la transformación que se ha dado en la región, existe un aspecto fundamental de gran envergadura que dio origen a estas

cartas políticas y que no se debe obviar: los nuevos sujetos que participan en los procesos constituyentes emergentes en América Latina, así como el gran alcance que se le otorga a los derechos económicos, sociales y culturales, entendidos como una materialización del buen vivir como eje fundamental de los ordenamientos jurídicos,

Estos cambios... aparecen en las últimas décadas [del siglo XX y principios del siglo XXI] en América Latina con fuerza renovada, marcando diferencias con el constitucionalismo latinoamericano anterior. Frente a una Constitución débil, adaptada y retórica, propia del constitucionalismo latinoamericano *tradicional*... el *nuevo* constitucionalismo, fruto de las asambleas constituyentes comprometidas con procesos de regeneración social y política, plantean un nuevo paradigma de Constitución fuerte, original y vinculante, necesaria en unas sociedades que han confiado en el cambio constitucional la posibilidad de una verdadera revolución (Viciano y Martínez, 2010a, p. 9).

Es así como, en el marco de este nuevo constitucionalismo, es preciso entender que el poder constituyente y el poder constituido retoman vital importancia, pues el segundo resalta su legitimidad a raíz del primero como poder primario. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es un constitucionalismo sin padres. Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la Constitución, por la genuina dinámica participativa y legitimadora que acompaña a los procesos constituyentes (Viciano y Martínez, 2010b).

Para el caso colombiano, desde una perspectiva más cercana, Iturralde (2015) menciona brevemente cómo se gestó la Constitución de 1991, inmersa en tiempos convulsos debido al conflicto armado interno y el problema del narcotráfico. En diciembre de 1990, con la elección por voto popular de la Asamblea Nacional Constituyente, empezó a generarse una ilusión por parte de los habitantes del territorio nacional porque, además de contar con la presencia de los partidos políticos tradicionales de la época, se convirtió en un espacio diverso que acogió nuevos movimientos conformados por sectores antes excluidos, tales como la

población afro, los pueblos indígenas y las mujeres. Por esta razón, el proyecto constitucional de 1991 fue muy destacado, pues la promulgación del texto fue fruto de la deliberación de toda una nación representada en los constituyentes elegidos por el mismo pueblo colombiano.

Lo contemplado anteriormente evidencia la preponderancia que tiene el poder constituyente al momento de construir una nueva norma superior y se configura como una impronta dentro de los constitucionalismos en América Latina. Una vez realizada esta caracterización que permite entender el legado del derecho europeo y cómo las luchas sociales marcan un antes y un después en el ordenamiento jurídico de algunos países latinoamericanos, se desarrollarán algunos puntos estructurales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano para así completar la caracterización de esta corriente jurídica.

#### **4. LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES EN EL MARCO DE LOS CONSTITUCIONALISMOS LATINOAMERICANOS**

En el marco de estas luchas sociales y las tensiones existentes entre las poblaciones históricamente excluidas y quienes han estado en el poder, los derechos económicos, sociales y culturales adquieren una gran relevancia dentro de los constitucionalismos en América Latina; así pues, desde que irrumpió el neoconstitucionalismo en esta región, se abrió paso a una nueva concepción de este tipo de prerrogativas, partiendo del hecho de que deben garantizarse independientemente de la disponibilidad de recursos por parte del Estado, sobre todo si se trata de poblaciones vulnerables e históricamente excluidas por la sociedad. Así, a lo largo del presente capítulo, se estudiará el papel de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia, Bolivia y Ecuador.

Uno de los Estados que destaca en este campo es Colombia, el cual, a través de pronunciamientos de su Corte Constitucional, ha logrado establecer parámetros frente a las garantías de estos derechos. En ese

sentido, Ariza (2015) resalta la importancia del estado de cosas inconstitucional como uno de los componentes más importantes dentro de la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad colombiana.<sup>4</sup> Gracias a esta figura, la Corte Constitucional se fue alejando gradualmente de la concepción formalista de los derechos fundamentales, abriendo paso a nuevas interpretaciones conducentes a concluir que, para el caso de Colombia, no se definen como fundamentales únicamente los derechos consagrados en el capítulo I del Título II de la Constitución; en consecuencia, los derechos económicos, sociales y culturales también entran a formar parte de este grupo de disposiciones (Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión, T-406, 1992).

En casos concretos, es menester resaltar sentencias como la T-153, la cual desarrolla la protección de derechos económicos, sociales y culturales de la población carcelaria (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-153, 1998), la T-025, que se enfoca en las personas desplazadas por el conflicto armado (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-025, 2004) y la T-302, que aborda la problemática económica, social y ambiental de la comunidad wayuu; pronunciamientos que buscan materializar derechos de estos grupos vulnerables (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-302, 2017).

Los pronunciamientos en cuestión se encuentran dentro del constitucionalismo colombiano que abraza las posturas neoconstitucionales del Estado social y constitucional de derecho, pues mencionan que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales encuentran su fundamento en el principio de dignidad humana, de ahí surge la obligación de las autoridades estatales por velar su

---

<sup>4</sup> El estado de cosas inconstitucional, según la sentencias analizadas de la Corte Constitucional colombiana en este trabajo y todo el desarrollo jurisprudencial que existe sobre esto, es una constatación fáctica de una situación de debilidad institucional que genera vulneración de derechos fundamentales en una población específica por medio de la cual pone en consideración posibles soluciones a violaciones continuas y sistemáticas de derechos fundamentales, ofreciendo unas pautas que permitan corregir los errores institucionales de las autoridades estatales encargadas de garantizar estas prerrogativas (Ariza, 2015).

materialización<sup>5</sup>.

La sentencia T-025, al resolver una acción de tutela presentada por varios núcleos familiares de población desplazada y vulnerable, deja como precedente constitucional que los derechos económicos, sociales y culturales, al menos en su núcleo esencial y en cuanto a las garantías mínimas, deben ser garantizados por el Estado y que, ni la falta de disponibilidad presupuestal, ni las falencias institucionales, deben ser una talanquera al momento de su prestación, más aún cuando se encuentran frente a sujetos de especial protección (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-025, 2004).

Para el año 2017, la Corte Constitucional resalta en su sentencia T-302 la necesidad de superar los prejuicios y estereotipos étnicos para solucionar el estado de cosas inconstitucional que afecta a la comunidad wayuu (especialmente a la población menor de edad), con el fin de materializar la dignidad de estas comunidades por medio de la garantía de sus derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-302, 2017). Siguiendo con este precedente, la sentencia anterior reitera que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos fundamentales y desarrolla su alcance, características y contenido, así como elementos necesarios para su garantía y cumplimiento.

De esta manera, se evidencia que el avance presentado por Colombia frente a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales es

---

<sup>5</sup> Además del estado de cosas inconstitucional que se aborda en el presente artículo también existe un avance frente a la garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en sentencias de la Corte Constitucional en las que avanzan hacia una garantía de estos no por estar en conexidad con prerrogativas de carácter fundamental como la vida o la integridad personal sino porque gozan de dicha cualidad de forma independiente. Uno de los pronunciamientos más destacables al respecto está en la sentencia T-760 de 2008, aquí la Corte manifiesta que el derecho a la salud es constitucional fundamental sobre todo en lo que respecta a un ámbito básico conforme a lo dispuesto en la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los antiguos planes obligatorios de salud, resaltando además que su definición avanza conforme a las circunstancias siempre teniendo como elemento central para su caracterización la dignidad humana.

consecuente y a la altura de la situación actual; por esta razón, también incorpora en su desarrollo jurisprudencial la protección del medio ambiente como elemento necesario para la garantía de estos derechos en las poblaciones más vulnerables. La sentencia T-622 demuestra lo ya mencionado, al incorporar componentes ambientales y bioculturales que van de la mano con la protección de la vida digna de los habitantes de la cuenca del río Atrato (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-622, 2016).

A pesar de la relevancia de esta figura dentro de la garantía de derechos fundamentales de las poblaciones del territorio colombiano, el estado de cosas inconstitucional no puede convertirse en el único remedio para solucionar la vulneración sistemática y estructural de los derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables, ya que la responsabilidad de garantizar y velar por el cumplimiento de la Constitución no puede recaer solamente sobre los jueces constitucionales, pues es necesario que intervengan los demás órganos del Estado. Si bien la Corte envía un mensaje ante situaciones que van en contra de la Constitución, puede correr el riesgo de que el avance en la materialización de estas prerrogativas se quede solo en los pronunciamientos, debido a que el juez no puede invadir ámbitos que son de competencia del Gobierno y del Congreso de la República.

Ahora bien, respecto del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, se debe tener en cuenta una gran diferencia frente a las constituciones europeas: el establecimiento de un modelo de plena protección y justiciabilidad de todos los derechos, sin precedentes en el constitucionalismo europeo (Noguera, 2011), puesto que no existe una división entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Teniendo en cuenta lo mencionado, se encuentra que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano pretende hacer que los derechos sociales sean tenidos en cuenta con mayor rigor por parte de los tribunales constitucionales y, en general, por todos los jueces de la región, buscando que estas prerrogativas se cumplan de manera individual y

colectiva.

En el caso de Ecuador, se plantean dos aspectos importantes en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, a saber, por un lado, el concepto de *sumak kawsay*, el cual constituye un marco fundamental de estas prerrogativas, que conduce a su viabilidad y posterior garantía y, como otro ítem, la incorporación de herramientas constitucionales para protegerlos cuando hay vulneración (Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena, Sentencia No 0006-10-SEE-CC, 2010). En el caso de la sentencia 218-15-SEP, el Tribunal destaca la importancia de la acción extraordinaria de protección prevista en el artículo 94 de su Carta Política contra sentencias o autos definitivos que vulneren disposiciones del ordenamiento constitucional que, junto con la acción de protección consagrada en el artículo 88 superior, son de gran importancia en la protección y garantía de estas prerrogativas fundamentales (Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena, Sentencia 218-15-SEP-CC, 2015).

Por su parte, Bolivia realza la importancia de la justicia social como base del Estado plurinacional donde convergen los derechos económicos, sociales y culturales y las prerrogativas colectivas propias de los pueblos indígenas, con el fin de garantizar unos mínimos existenciales de todos los ciudadanos que habitan el país, tal como lo señala la sentencia 0698, proferida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, convirtiéndose en un desafío para el Estado, teniendo en cuenta la diversidad cultural que hay en la zona (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Plena, Sentencia 0698, 2013).

Así pues, en el presente caso, la garantía de los derechos económicos sociales y culturales debe tener como fundamento la plurinacionalidad e interculturalidad, tal como lo menciona la sentencia 0037 de 2013; aspectos trascendentales que no son simples criterios de interpretación jurídica, sino que se convierten en verdaderas herramientas encaminadas a la materialización de estas prerrogativas sociales (Tribunal

Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Liquidadora Transitoria, Sentencia 0037, 2013).

Finalmente, Bolivia (al igual que Ecuador) incorpora la materialización de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de su ordenamiento jurídico, mediante la base filosófica del suma qamaña como principio constitucional, entendido como la plenitud de la vida, el bienestar social, económico y político de los pueblos (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Primera Especializada, Sentencia 0400/2017-S1, 2017).

Cada ordenamiento jurídico presenta sus particularidades; por ejemplo, en el caso colombiano, es evidente que, a pesar de la fórmula del Estado social de derecho presente en la Constitución, las condiciones materiales sustentadas en la desigualdad, segregación y pobreza no han atravesado cambios estructurales, por el contrario, aún se mantiene una lógica sustentada en modelos económicos y sociales propios de la hegemonía neoliberal (Ariza y Rodríguez, 2018).

Contrario a lo anterior, a partir de los conceptos de pluralismo, buen vivir (sumak kawsay) o vivir bien (suma qamaña) e interculturalismo, Ecuador y Bolivia tratan de imprimir una nueva lógica a la garantía de derechos económicos, sociales y culturales, partiendo de la necesidad de vincular a todos los pueblos y naciones de su territorio para construir un nuevo paradigma separado de las lógicas del colonialismo respaldadas por el mercado del capital (Ariza y Rodríguez, 2019).

La plena materialización de los derechos económicos, sociales y culturales es una cuestión inacabada: es la base para la construcción del bienestar general de los ciudadanos, y los países analizados no son ajenos a ese mandato; por eso, las constituciones latinoamericanas convergen en su visión de garantía plena, teniendo en cuenta el carácter fundamental que han adquirido, bien sea gracias al desarrollo jurisprudencial o expresándolo en el texto constitucional con su posterior desarrollo legal;

siendo innegable que todo esto se convierte en el fundamento del nuevo Estado constitucional que implica una superación de las nociones clásicas de Estado de derecho y social de derecho.

## **5. EL BUEN VIVIR Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA, UN NUEVO PARADIGMA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOAMERICANOS**

Brindando un enfoque más específico en cuanto al buen vivir y los derechos de la naturaleza, es posible afirmar que estos dos conceptos se instituyen como una de las grandes diferencias que existen entre el Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, los cuales, a pesar de desarrollarse en América Latina, presentan rasgos característicos que no pueden ser desestimados.

Así pues, es necesario tener en cuenta que la naturaleza, dentro del constitucionalismo en América Latina, va vinculada con la cercanía a las comunidades étnicas, sean indígenas o afroamericanas, quienes tienen la posibilidad de decidir sobre el futuro de los territorios que habitan. Además, es importante resaltar que dentro del concepto del buen vivir se encuentra un desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales, pues, como se mencionó anteriormente, el objetivo del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es que los mismos tengan mayor importancia para los tribunales y los jueces. Por otra parte, no solo se debe pensar en una comunidad que goza satisfactoriamente de ellos, sino también en una comunidad en estrecha armonía con su entorno natural, reconociendo que se debe alcanzar un equilibrio entre la naturaleza y el ser humano.

En un primer momento, las constituciones inspiradas en el Neoconstitucionalismo de corte liberal (como la de Colombia) no tienen presente a la naturaleza como sujeto de derecho individualmente considerado, sino que este componente va ligado con el derecho al medio ambiente sano y el principio multicultural del Estado (Bonilla, 2019). Sin

embargo, durante la primera década del siglo XXI, se presentó un cambio revolucionario en la estructura de los derechos y sus garantías, amparado en cosmovisiones de los pueblos andinos. Así, Ecuador y Bolivia abrieron paso a unos nuevos sujetos de protección por parte del Estado y la naturaleza empezó a tener gran preponderancia en la estructura normativa de dichos países, no solo como una entidad que requiere de protección, sino como un ser viviente que debe ser protegido por los seres humanos para que sean restaurados sus ciclos vitales (Bonilla, 2019).

Entonces, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano desarrolla la condición de la naturaleza como sujeto autónomo e independiente de las visiones antropocéntricas propuestas por el constitucionalismo proveniente de Europa y construye un ordenamiento jurídico acorde a las realidades de las comunidades andinas inmersas en la interculturalidad y las cosmovisiones de los distintos pueblos latinoamericanos. El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho en las cartas constitucionales de Ecuador y Bolivia, ha marcado un gran avance en dos aspectos: el primero, bajo el entendido de que el sistema económico (capitalismo) que impera en gran parte de los países del mundo entabla una relación vertical, utilitarista y colonial que se limita a la mera explotación de recursos naturales con el fin de cumplir a las exigencias de un mercado cada vez más voraz y que orienta la concepción de la naturaleza con fines extractivistas. Sin embargo, Prada (2012) resalta el interés de la comunidad internacional para remediar los daños causados al medio ambiente, impulsando cumbres que pretenden vincular a los Estados mediante tratados internacionales con el fin de implementar políticas que han repercutido en la obtención de la conciencia ecológica.

El segundo aspecto es que la obtención de esa conciencia ha permeado los nuevos procesos constitucionales incluyentes que permiten concebir a la naturaleza como sujeto de derecho, plasmándola en cartas constitucionales, lo que repercute en un cambio respecto de cómo se entiende la relación hombre-naturaleza, pues ya no se habla de una concepción antropocéntrica, sino que se retoma una visión biocéntrica

que incluye novedosos conceptos como el buen vivir, teniendo en cuenta que, tal como lo afirma Acosta (2012) “el *sumak kawsay* de las tradiciones indígenas se aleja de las concepciones occidentales que conciben el surgimiento de la vida política a partir de una ruptura inicial o separación ontológica respecto de la Naturaleza” (p. 70), encontrando así una unidad del ser humano como sujeto político y de la naturaleza en la que se inserta como parte.

De esta manera, los nuevos textos constitucionales cuentan con mecanismos para hacer exigibles los derechos de la naturaleza: en Ecuador, la Constitución de 2008 en su artículo 71 establece el desarrollo de derechos concretos para la naturaleza (Constitución de la República del Ecuador [C.P.], 2008, art. 71); en Bolivia, la Constitución de 2017 en su artículo 9 resalta que es deber del Estado propender por el uso adecuado de los recursos naturales (Constitución política del Estado de Plurinacional de Bolivia [C.P.], 2009, art. 9). Respecto a ello, Acosta (2014) plantea que:

La liberación de la Naturaleza de esta condición de sujeto sin derechos o de simple objeto de propiedad, exigió y exige, entonces, un esfuerzo político que le reconozca como sujeto de derechos. Este aspecto es fundamental si aceptamos que todos los seres vivos tienen el mismo valor ontológico, lo que no implica que todos sean idénticos. Lo central de los Derechos de la Naturaleza es rescatar el “derecho a la existencia” de los seres humanos (s.p.).

Es posible entenderlo como lo plantea Gudynas (2011) al afirmar que “el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza/Pachamama implica que ésta posee valores que le son propios, independientes de las valoraciones que le adjudican las personas” (p. 245), afianzando el concepto de la naturaleza como sujeto de derecho para que sea posible la existencia misma del hombre. En este sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana, en sentencias 166-15-SEP-CC y 218-15-SEP-CC, reconoce a la naturaleza como un sujeto de derecho, protección entendida como la materialización de la decisión del pueblo ecuatoriano que busca construir una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad armónica con

ella para alcanzar el *sumak kawsay*, entendiendo que el ser humano es parte de la naturaleza y que la misma es vital para su existencia (Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena, Sentencia 218-15-SEP-CC, 2015; Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena, Sentencia 166-15-SEP-CC, 2015).

Las dos sentencias evidencian que, para Ecuador, el buen vivir y los derechos de la naturaleza son elementos inescindibles de la garantía del bienestar de sus ciudadanos, donde las relaciones entre los seres humanos y el mundo que los rodea deben estar marcadas por el respeto al medio ambiente y por la comprensión del bien colectivo por encima de los intereses económicos individuales. Este concepto constituye una propuesta de resistencia al sistema capitalista imperante en los países latinoamericanos; se presenta como una forma de protección colectiva y no individual, donde la naturaleza es protagonista. Es así como la Constitución del Ecuador protege los territorios ancestrales que conservan su identidad intangible, descartando cualquier forma de explotación económica.

Sin embargo, Gudynas (2009) resalta que, a pesar de los avances y la presencia de gobiernos progresistas que abanderan la lucha por un medio ambiente sostenible, aún se da preponderancia al extractivismo (basado principalmente en el aprovechamiento de los recursos naturales) que todavía sigue teniendo protagonismo en el desarrollo de estos países. Situaciones como la postura que toma la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 001-10-SINCC de 2010 frente a la constitucionalidad de la Ley de minería, en la que no realiza un pronunciamiento de fondo sino un análisis meramente formal de los artículos de la norma, lo que no permite desarrollar a fondo el contenido de los derechos vulnerados para lograr el buen vivir (Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena, Sentencia 001-10-SIN-CC, 2010); o, lo que se presenta en la reserva natural de Yasuní, donde existe una disyuntiva entre la explotación petrolera como una alternativa para que los habitantes de la zona salgan de la pobreza y la lucha por la conservación de la zona con mayor biodiversidad del país. Se trata de

casos que chocan con los ideales de protección a la naturaleza y consolidación de un desarrollo sustentable promulgados en el texto constitucional (Parra, 2017).

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia y su posterior desarrollo constitucional a partir de la incorporación del concepto de suma qamaña, representa un gran avance del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y, con la proclamación del Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, se busca materializar esa aspiración de rango constitucional bajo el entendido de la plurinacionalidad como la capacidad que tiene el Estado de ejercer autoridad en todas las naciones pertenecientes al país, lo que refleja una mayor equidad en relación a derechos y deberes de todos los ciudadanos, sin ningún tipo de segregación. Estos avances, según Barié (2003) implican un rediseño intercultural profundo de sus instituciones y sociedades que va más allá del simple reconocimiento y respeto distantes de la otredad indígena.

Lo mencionado es desarrollado por el Tribunal Plurinacional de Bolivia en sus sentencias 0698 y 0037 de 2013, donde se aborda el concepto de plurinacionalidad como un elemento que fundamenta la igualdad de culturas, donde todas las nacionalidades que habitan el territorio conviven de forma armónica para conservar la madre tierra, manteniendo un equilibrio entre todos los sujetos y el concepto de pluralismos de sistemas jurídicos, permitiendo así que cada nacionalidad o pueblo indígena originario campesino sea una entidad autónoma con una composición variada de estratos sociales, con capacidad de autoorganización y determinación (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Plena, Sentencia 0698, 2013; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Liquidadora Transitoria, Sentencia 0037, 2013).

Para Bolivia, entonces, la plurinacionalidad e interculturalidad se convierten en una materialización del suma qamaña, el cual permite la realización de las dimensiones sociales, económicas, culturales y

ambientales de todos los bolivianos al permitir un encuentro armonioso entre los seres humanos y la naturaleza, rompiendo los esquemas clásicos de la modernidad y el capitalismo imperante en la mayoría de sociedades latinoamericanas.

En Colombia, por su parte, la Constitución de 1991 brinda una especial protección a temas referidos al medio ambiente y desarrollo sostenible como modelo económico. La Corte Constitucional, a raíz de los vacíos jurídicos que se encuentran con respecto al tema, ha desarrollado un marco jurisprudencial que contiene elementos no contemplados expresamente en el texto constitucional<sup>6</sup>. Una de las sentencias más relevantes es la T-622 de 2016 que concedió protección especial al medio ambiente, declarando al río Atrato como sujeto de derecho desarrollado desde una triple dimensión: como principio; derecho fundamental y colectivo; y como propósito y servicio público de la actividad estatal, lo cual permite brindar condiciones de vida digna a comunidades étnicas que habitan la cuenca de esta zona y el equilibrio natural del territorio desde un punto de vista ecocéntrico (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-622, 2016).<sup>7</sup>

Sin embargo, Colombia está lejos de llegar a configurarse como una abanderada en la protección de los derechos de la naturaleza y nuevas cosmovisiones enfocadas en un estilo de vida diferente como en Ecuador y Bolivia, países donde, además de consagrar a la naturaleza en un rango constitucional, entiende y reconoce a la misma como parte fundamental

---

<sup>6</sup> En el año 2011, la Corte Constitucional con la sentencia C-632 de 2011 que estudia la constitucionalidad de la Ley 1333 de 2009 “Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones” comienza a sentar las bases frente a la protección del medio ambiente y a los derechos que este posee. En este pronunciamiento se reconoce el carácter de derecho fundamental que posee en razón a que no puede desligarse de los derechos a la vida y salud de las personas siendo vital para la existencia de la humanidad.

<sup>7</sup> La Corte Constitucional en la sentencia objeto de análisis menciona que el enfoque ecocéntrico considera que la tierra no pertenece al hombre, sino que forma parte de la naturaleza como cualquier otro ser vivo que habita el planeta, por esta razón, no puede considerarse como dueño de la biodiversidad ni tampoco rige los destinos del planeta. A partir de esta visión, el Tribunal considera que la naturaleza es un auténtico sujeto de derechos bajo la tutela de sus representantes legales, en el caso concreto, los habitantes de la cuenca del río Atrato.

del desarrollo del ser humano, guardando estrecha armonía y respeto frente a ella, generando así una responsabilidad social de cuidado con la madre naturaleza o pachamama, lo que se traduce en los conceptos de *sumak kawsay* en Ecuador o *suma qamaña* en Bolivia, promoviendo relaciones sustentables con la naturaleza y apartándose de las políticas consumistas y extractivistas que han dominado la historia latinoamericana.

A pesar de lo anterior, Colombia desarrolla de forma novedosa el concepto de dignidad humana como principio fundante del Estado social de derecho y como derecho fundamental autónomo y transversal en el conjunto de derechos y deberes consagrados en la Constitución. En función de este principio, la Corte Constitucional aborda la noción de estado de cosas inconstitucional como elemento importante para la materialización de los derechos de minorías. Así lo plantea en la sentencia T-025 de 2004, concluyendo que, para aminorar la crisis de la población desplazada, es necesario adoptar una serie esfuerzos articulados entre varias entidades estatales (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-025, 2004). En igual sentido, la sentencia T-153 de 1998 invoca este principio con el fin de garantizar una política estructural y efectiva que garantice condiciones de vida digna para la población carcelaria (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-153, 1998).

Estos pronunciamientos interpelan al Estado en sus diferentes instituciones para que se garanticen los derechos fundamentales por medio de la materialización de la dignidad humana, lo cual, dadas las características del Estado colombiano, es una forma de acercarse al componente del buen vivir presente en los constitucionalismos bolivianos y ecuatorianos.

Así, es posible evidenciar que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ha permeado en los ordenamientos constitucionales de los países bajo estudio en cuanto a la especial protección que se le brinda a la naturaleza, entendida como sujeto de derecho, para el caso de Bolivia

y Ecuador, atendiendo a los conceptos de “sumak kawsai” o “suma qmaña”; mientras que, para el caso de Colombia, a pesar de encontrarse lejos de estas cosmovisiones, la protección hacia las minorías se brinda a través de la noción del estado de cosas inconstitucional y de la dignidad humana como principio fundante del Estado social de derecho.

## **6. EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA TEORÍA DE LAS FUENTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE HERRAMIENTAS ARGUMENTATIVAS**

Finalmente, tras la revisión conceptual del Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, el enfoque que se brinda hacia los derechos económicos, sociales y culturales, así como hacia la noción del buen vivir y los derechos de la naturaleza, es preciso abordar un último elemento relevante dentro de estas dos corrientes: el papel del juez constitucional.

Actualmente, el juez constitucional se ha convertido en un protagonista de primer orden dentro de la garantía de derechos. Para lograr ese imperativo, se vale de la teoría de las fuentes para retomar varias herramientas argumentativas que sirven de fundamento en sus sentencias progresistas encaminadas a proteger a los grupos sociales más vulnerables, valiéndose también de precedentes judiciales y sub reglas constitucionales que permiten establecer que la fuente del derecho no solo se encuentra en la ley, sino que también se extiende a los pronunciamientos del juez constitucional. En consonancia con lo anterior, su labor se describe de la siguiente manera:

Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera (Carbonell y García, 2010, p. 155).

En el caso de Colombia, con la Constitución de 1991, los jueces han sido considerados los más comprometidos con el desarrollo del proyecto constitucional plasmado en dicha carta política. Todo ello se proyecta en la implementación de la ponderación al momento de tomar decisiones, así como en la asunción un rol dialógico que se manifiesta en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional. El papel dialógico de los jueces<sup>8</sup> ayuda a estimular la colaboración con todas las ramas del poder, generando responsabilidades a todas las autoridades públicas a la hora de garantizar los derechos fundamentales de toda la población, principalmente de los más vulnerables históricamente. Este nuevo rol asumido por los operadores constitucionales es un punto de partida para replantear la teoría clásica de separación de poderes<sup>9</sup>.

Esta connotación dialógica<sup>10</sup> evidenciada en la acción de tutela como garantía de los derechos fundamentales, ha tenido como apoyo el empleo del razonamiento deductivo-inductivo con el fin de resolver dichos conflictos. Analizando casos concretos, la Corte Constitucional ha logrado garantizar el acceso a la justicia que otrora era muy difícil debido a los costos (ya que la jurisdicción constitucional es gratuita) y también ha estructurado una serie de criterios para lograr la garantía de los derechos fundamentales en situaciones específicas que se pueden aplicar en nuevos casos con circunstancias similares.

---

<sup>8</sup> Entendido como asumir la función de impulsar cambios sociales para construir un Estado que garantice efectivamente los derechos de las personas y que también creen precedentes adecuados para impulsar dichas reformas, se reaccione de manera adecuada frente a los problemas precedentes y evitar retrocesos (Roa, 2020).

<sup>9</sup> La teoría clásica de separación de poderes hace referencia al equilibrio que hay en estos, en el cual el poder legislativo se encarga de promulgar las leyes; el ejecutivo encargado de las relaciones exteriores y seguridad interior y; finalmente alguien encargado de juzgar dirimiendo controversias y castigando delitos (Díaz, 2012).

<sup>10</sup> Uno de los que toma en cuenta esta expresión es Gargarella (2014) que la entiende como un mecanismo necesario para resolver asuntos constitucionales de gran relevancia a través del diálogo permanente e inclusivo con todas las ramas del poder y la propia ciudadanía. Para el caso colombiano esto se materializa en sentencias de gran envergadura como la T-025 de 2004 referenciada en acápites anteriores, que algunos teóricos las denominan *jurisprudencia dialógica* (Rodríguez y Rodríguez, 2010).

Las sentencias analizadas sobre el estado de cosas inconstitucional y la declaración del río Atrato como sujeto de derecho evidencian el papel dialógico del juez, pues analiza las condiciones concretas de las personas afectadas y su condición de especial protección, la dignidad humana, la igualdad, la salud y la ponderación entre el modelo económico imperante con el desarrollo sostenible y la identidad étnico-cultural de estos grupos, estableciendo unos lineamientos en materia de políticas públicas con el fin de garantizar los derechos sociales y fundamentales de los mismos.

En casos como el desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia T-302 que analiza la situación de vulnerabilidad de los menores de edad de la comunidad wayuu, el juez constitucional realiza una labor judicial importante porque articula normas y tratados internacionales con el ordenamiento jurídico interno; además, es destacable el valor que le asigna a sus desarrollos jurisprudenciales al momento de analizar la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales que deben ser garantizados por sí solos y no en razón de la conexidad con prerrogativas como la vida o la dignidad humana (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-302, 2017).<sup>11</sup>

La declaración del río Atrato como sujeto de derecho, junto con las acciones ordenadas en la sentencia T-622 para remediar la crisis social, económica y ambiental de las comunidades de la zona, indican que el papel del juez va más allá de la mera aplicación del derecho, pues también ejerce un rol proactivo, dialógico y cooperador, al asumir la responsabilidad de defender los postulados constitucionales frente a políticas y omisiones institucionales que menoscaban los derechos de los ciudadanos y las comunidades vulnerables (Corte Constitucional, Sala

---

<sup>11</sup> Los pronunciamientos acerca del estado de cosas inconstitucional indican que el juez al determinar si existe esta situación debe primero constatar que reúnan los requisitos previstos en anteriores sentencias, junto con la valoración jurídica también está la constatación fáctica que configura dichos presupuestos, todo esto lo abordan La sentencia T-302 de 2017 es uno de los pronunciamientos más recientes que aborda el tema retoma todos estos insumos que se han dado a lo largo del tiempo (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-302, 2017).

Sexta de Revisión, T-622, 2016).<sup>12</sup>

Continuando con Ecuador, sus jueces constitucionales realizan un ejercicio de interpretación audaz debido a los derechos innovadores que incorpora su constitución actual. En la sentencia 218-15-SEP-CC, esta labor juega un papel importante al momento de ponderar el derecho al trabajo y, por otro lado, los derechos de la naturaleza como sujeto de protección especial, pues, para la materialización de estos, es necesario hacer una valoración integral de las normas con sus elementos probatorios que le brinden herramientas al juez para impartir un fallo razonable (Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena, Sentencia 218-15-SEP-CC, 2015).

Igualmente, la Corte Constitucional ecuatoriana hace énfasis en que los pronunciamientos de los jueces deben emplear diversas herramientas argumentativas para dictar sentencias coherentes y que respondan a las particularidades de cada caso; así, en la sentencia 166-15-SEP-CC, se prevé que los fallos requieren estar debidamente motivados y contar con tres elementos esenciales: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, con el fin de que sean conformes al ordenamiento constitucional y que no se vulneren los derechos de las partes involucradas (Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena, Sentencia 166-15-SEP-CC, 2015).

Las decisiones de las cortes constitucionales se convierten en parte fundamental de la teoría de las fuentes porque, a través de sus razonamientos basados en el uso de herramientas argumentativas, generan nuevo derecho al instituirse como fallos encaminados a la garantía de derechos fundamentales plasmados en el ordenamiento

---

<sup>12</sup> En este punto, Roa (2020) destaca lo siguiente, “Por esa razón, es deseable potenciar el momento cooperativo y dialógico para avanzar en la transición con el fin de crear los precedentes adecuados para impulsar el cambio, reaccionar frente a los problemas emergentes y enfrentar futuros retrocesos” (p. 8).

constitucional. Además de la protección de sujetos vulnerables y los derechos de la naturaleza, los nuevos constitucionalismos abren paso a la incorporación de nuevas autoridades jurisdiccionales con la posibilidad de administrar justicia a través de sus usos y costumbres, teniendo en cuenta el concepto de interculturalidad que desarrolla de manera importante el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

En este caso, es menester resaltar la sentencia 0698 de 2013 que, al estudiar un caso de conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones indígenas originario campesinas, destaca que, dentro del ordenamiento jurídico boliviano, la concepción del juez va más allá de los parámetros clásicos al incorporar nuevos operadores judiciales con jurisdicción para emitir decisiones al mismo nivel que los jueces ordinarios, teniendo en cuenta el carácter intercultural, plurinacional y pluralista que ahora poseen dichas autoridades (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Plena, Sentencia 0698, 2013).

En igual sentido, el fallo 0037 de 2013 manifiesta que el juez, al momento de hacer la ponderación e interpretación de las normas constitucionales, debe integrar todo el ordenamiento jurídico con las disposiciones internacionales para desarrollar a fondo el alcance de la pluriculturalidad e interculturalidad, con el fin de resolver correctamente el conflicto entre jurisdicciones que se puede presentar entre los jueces ordinarios y las autoridades propias de las naciones indígenas y pueblos originarios campesinos, ya que también forman parte de la materialización del buen vivir (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Liquidadora Transitoria, Sentencia 0037, 2013).

Para Walsh (2008), la interculturalidad es una aspiración en construcción; es decir, que aún no existe. Sin embargo, el ordenamiento jurídico de Bolivia y el Tribunal Constitucional Plurinacional le han dado gran impulso y bases sólidas para que en el futuro sea una realidad.

Como uno de los pilares del buen vivir, Walsh (2008) resalta que este

componente va más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad, pues también implica un proceso político de transformación radical en sus estructuras e instituciones, dirigido a construir una sociedad con nuevas condiciones de vida, respetando la cosmovisión de cada pueblo originario. En consecuencia, las herramientas argumentativas del juez ya no son únicamente las que provienen del derecho continental y anglosajón, sino también las que pueden aportar cada una de las cosmovisiones de los pueblos que habitan los territorios latinoamericanos y que buscan transformar las instituciones existentes a partir de la interculturalidad.

Todos estos insumos, sean latinoamericanos o no, forman parte de una doctrina novedosa que le brinda al juez constitucional herramientas argumentativas para avanzar en la garantía de derechos sociales dentro de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, dejando a un lado el papel exegético que asumía con una tradición civilista al margen de las realidades latinoamericanas; aunque ello todavía es una tarea sin culminar.<sup>13</sup>

## CONCLUSIONES

El análisis realizado en el presente trabajo muestra que el Neoconstitucionalismo que desarrolla la Constitución colombiana de 1991 no rompe con los esquemas que heredó de los ordenamientos jurídicos continental y anglosajón, pues es evidente que los sujetos de derecho siguen siendo los mismos que han imperado durante los siglos XIX y XX; las garantías de prerrogativas fundamentales aún son tímidas y los operadores judiciales siguen siendo los mismos del derecho clásico.

Por su parte, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano plasmado en los textos constitucionales de Bolivia y Ecuador, comienza con una

---

<sup>13</sup> En suma, los constitucionalismos en América Latina buscan que los jueces constitucionales usen herramientas argumentativas que según lo expresado por Itarralde (2015) se encarguen de resolver tensiones entre derechos o principios constitucionales.

ruptura de los paradigmas tradicionales del derecho, incorporando novedades conceptuales como un Estado plurinacional, pluricultural y multiétnico; el giro biocéntrico como fundamento de los derechos de la naturaleza y el buen vivir como finalidad de estos nuevos Estados; conceptos que atienden a la realidad social y cultural del continente, lo que permite avanzar en la consolidación de un derecho transformador.

El desarrollo constitucional de estos Estados muestra evidentes diferencias en su estructura social y económica, por lo menos a partir de su concepción teórica. Es claro que Colombia, con su proceso constituyente de 1991, enarbola los ideales de un Estado constitucional liberal e incorpora muchos pilares del constitucionalismo europeo, tales como la división de poderes y la garantía de derechos de sus habitantes, sin considerar (en la mayoría de los casos) nuevas formas de justicia, a pesar de ser un país multicultural.

A pesar de lo anterior, las dinámicas sociales permiten que el texto constitucional, a partir de sentencias con gran importancia doctrinal y jurídica, se adapte a las nuevas realidades. Por esta razón, se plantea que conceptos como el estado de cosas inconstitucional, los derechos de la naturaleza en el marco de la perspectiva ecocéntrica y el juez comprendido como dialógico y transformador, son elementos que van tomando fuerza en el tejido social y jurídico colombiano.

El caso de Bolivia y Ecuador es diferente. En la teoría, sus textos constitucionales cuestionan la perspectiva eurocéntrica y apuestan por un modelo económico sostenible que pone en el centro a la naturaleza en armonía con la dignidad del ser humano; se plantean nuevos sujetos de derecho a partir del cambio de paradigmas antropocéntricos a un paradigma biocéntrico y se reconocen nuevas autoridades jurisdiccionales, principalmente en el caso boliviano, a partir de la implementación de la jurisdicción indígena originario campesina.

Como punto común, se destaca que el constitucionalismo de estos tres países ha sido fruto de movilizaciones sociales que, ineludiblemente,

han llevado a que las cartas políticas brinden las suficientes herramientas para que sus operadores judiciales y los mismos habitantes sean protagonistas de todos los movimientos alrededor de los cambios sociales, económicos y jurídicos, teniendo en cuenta que es una tarea de largo aliento y que está en permanente construcción.

## REFERENCIAS

- Acosta, A. (2012). *BUEN VIVIR-SUMAK KAWSAY. Una oportunidad para imaginar otros mundos*. Ediciones Abya-Yala.
- Acosta, A. (2014, 24 de diciembre). Los derechos de la naturaleza como fundamento para la economía. *Voces en el Fénix*. [https://www.bion-bonn.org/fileadmin/user\\_upload/Acosta\\_Text\\_DDNN\\_-Mexico.pdf](https://www.bion-bonn.org/fileadmin/user_upload/Acosta_Text_DDNN_-Mexico.pdf)
- Ariza, L. (2015). Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. En D. Bonilla. (Ed.). *Constitucionalismo del Sur Global* (pp. 169-206). Siglo del Hombre Editores.
- Ariza, R., y Rodríguez, A. (2019). *El Estado en cuestión. Momentos preconstituyentes en la región andina*. Universidad Nacional de Colombia.
- Avendaño, O. (2009). El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo. *Polis*, 9(25), 557-561. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v9n25/art31.pdf>
- Barié, C. (2003). *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en America Latina: un Panorama*. Editorial Abya-Yala.
- Bonilla, D. (2019). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Derecho del Estado*, (42), 3-23.
- Carbonell, M. (2010). EL NEOCONSTITUCIONALISMO: SIGNIFICADO Y NIVELES DE

ANÁLISIS. En M. Carbonell y M. García. (Eds.). *El Canon Constitucional* (pp. 153-164). Editorial Trotta.

Carbonell, M. (2010). Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en América Latina. *Revista Pensamiento Constitucional*, 14(14), 12-31. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3042/2889>

Carbonell, M. (2011, 09 de mayo). *Término: NEOCONSTITUCIONALISMO*. Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales. [http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\\_pub/printer/101](http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/printer/101).

Carrillo, Y. (2010). Aproximación a los Conceptos de Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales. *Saber, Ciencia y Libertad*, 5(1), 39-47. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2010v5n1.1745>

Castillo, C. (2015). El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. *Revista Ciencia Jurídica*, 4(8), 187-194. <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/157>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). [https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf)

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [C.P.]. (2009). <https://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/01.pdf>

Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena. (9 de Julio de 2015). Sentencia 218-15-SEP-CC [M.P: Molina, W.].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (5 de junio de 1992) Sentencia T-406 [M.P: Angarita, C.].

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (8 de mayo de 2017). Sentencia T-302 [M.P: Arrieta, A.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622 [M.P: Palacio, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (22 de enero de 2004). Sentencia T-025 [M.P: Cepeda, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (28 de abril de 1998). Sentencia T-153 [M.P: Cifuentes, E.].
- Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena. (18 de marzo de 2010) Sentencia 001-10-SIN-CC [M.P: Pazmiño, P.].
- Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena. (20 de mayo de 2015). Sentencia 166-15-SEP-CC [M.P: Molina, W.].
- Corte Constitucional de Ecuador, Sala Plena. (25 de marzo de 2010). Sentencia 0006-10-SEE-CC [M.P: Zarate, E.].
- Díaz Bravo, E. (2012). Desarrollo Histórico del Principio de Separación de Poderes. *Revista De Derecho* (38), 240-270. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3690>
- Ferrajoli, L. (2001). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/0F63B7BF49EE94F205257D25006DC4C2/\\$FILE/Derechos\\_fundamentales\\_ferrajoli.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0F63B7BF49EE94F205257D25006DC4C2/$FILE/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf)
- Gargarella, R. (2014). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores.
- Gudynas, E. (2009). Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo, contextos y demandas bajo el progresismo sudamericano actual. En Centro Andino de Acción Popular [CAAP] y Centro Latinoamericano de Ecología Social [CLAES]. (Eds.). *Extractivismo, política y sociedad* (pp. 187-125). CAAP y

CLAES.

- Gudynas, E. (2011). Los derechos de la Naturaleza en serio, Respuestas y aportes desde la ecología política. En A. Acosta y E. Martínez (Comp.). *La Naturaleza con derechos. De la filosofía a la Practica*, (pp. 239-286). Abya-Yala.
- Hernández, A. (2015). *Eficacia constitucional y derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas\\_CPCDH17.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH17.pdf)
- Hidalgo, F. (2011). Buen Vivir, Sumak Kawsay: Aporte contrahegemónico del proceso andino. *Utopia y Praxis Latinoamericana*, 16(51), 85-95. <https://www.redalyc.org/pdf/279/27919220008.pdf>
- Iturralde, M. (2015). Acceso a la justicia constitucional en Colombia: oportunidades y retos para la transformación social y política. En D. Bonilla. (Ed.). *Constitucionalismo del Sur Global* (pp. 443-493). Siglo del Hombre Editores.
- Larrea Maldonado, C. (2004). *Pobreza, dolarización y crisis en el Ecuador*. Ediciones ABYA-YALA.
- Noguera, A. (2011). Derechos Economicos, Sociales y Culturales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Indivisibilidad de las Obligaciones y Justicia Equitativa. *Revista General de Derecho Público*, (9),1-33. Derechos Economicos, Sociales y Culturales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Indivisibilidad de las Obligaciones y Justicia Equitativa. *Revista General de Derecho Publico*
- Ordoñez, J. (2016). Neoconstitucionalismo, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Procesos Constituyentes en la Región Andina. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 5, 173-188. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5771477.pdf>
- Parra Suárez, D. (2018). El dilema de la actividad minera y el buen vivir, sumak kawsay en la Constitución del Ecuador ¿Existe inconstitucionalidad de fondo

de la Ley de Minería? *Revista IURIS*, 16(2), 115-150.  
<https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2199>

Piñeros, M. (2011). El proceso constituyente boliviano como escenario de disputas por la economía. *Nómadas*, (34), 135-149.  
<http://www.scielo.org.co/pdf/noma/n34/n34a10.pdf>

Prada, A. (2012). Antropocentrismo Jurídico: Perspectivas desde la filosofía del Derecho Ambiental. *Criterio Libre Jurídico*, 9(1), 29-43.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7830055#:~:text=Antropocentrismo%20Jur%C3%ADdico%3A%20Perspectivas%20desde%20la%20Filosof%C3%ADa%20del%20Derecho%20Ambiental%2C%20hace,perspectiva%20jur%C3%ADdica%20antropoc%C3%A9ntrica%20de%20car%C3%A1cter>

Real Academia Española. (2021). *Efectivización*.  
<https://dle.rae.es/efectivizaci%C3%B3n>

Real Academia Española. (2021). *Efectivizar*. <https://dle.rae.es/efectivizar>

Roa, J. (2020). El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador Latinoamericano. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* (2020-11), 1-16. Obtenido de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3571507](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3571507)

Rodríguez, C. y Rodríguez, R. (2010). Un giro en los estudios sobre derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En P. Arcidiácono, N. Espejo y C. Rodríguez. (Coords.). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina* (pp. 81-152). Siglo de Hombre Editores.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Liquidadora Transitoria. (06 de marzo de 2013). Sentencia 0037 [M.R: Oroz, E.].

- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Plena. (3 de junio de 2013). Sentencia 0698 [M.R: Chánez, S.].
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sala Primera Especializada. (4 de mayo de 2017). Sentencia 0400/2017-S1, [M.R: Choque, T.].
- Uprimny, R. y Rodríguez, C. (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. En L. E. Pérez Murcia, R. Uprimny Yepes, y C. Rodríguez, *Los Derechos Sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (pp. 17-52). Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zmI0TdRppNEJ:bioblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/idep/20151026044645/DerechosSociales.pdf&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>
- Viciano, R. y Martínez, R. (2010a). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (4)25, 7-29. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/214/208>
- Viciano, R. y Martínez, R. (2010b). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En Corte Constitucional de Ecuador. *El nuevo constitucionalismo en América Latina. Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI* (pp. 9-38). Editora Nacional. <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>
- Villavela, C. (2010). Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, (25), 49-76. <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222977003.pdf>
- Walsh, C. (2008). Interculturalidad, pluriculturalidad y decolonialidad; las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, (9),

131-152. <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>

# DISCAPACIDAD ¿UN MOTIVO ACORDE A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA?

Cristian Andrés Martínez Calvache<sup>14</sup>

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2022

Referencia: Martínez, C. (2022). Discapacidad ¿un motivo acorde a principios constitucionales para suspender la patria potestad en Colombia? *Revista Científica Codex*, 8(14), XX-XX.

## RESUMEN

Con el paso de los años se ha evidenciado la constante lucha por el derecho a la igualdad que han librado las personas en condición de discapacidad. Uno de los mayores avances en materia de garantizar los derechos fundamentales de este grupo poblacional, se considera la aprobación en el año 2006 de la convención de los derechos de las personas con discapacidad, cuyo protocolo facultativo ha sido aprobado por más de 130 países en la actualidad incluido Colombia, además de la expedición de la ley 1996 de 2019, la cual implemento enormes cambios en materia de capacidad de goce y ejercicio de las personas mayores de 18 años y materializó el concepto del modelo social de discapacidad establecido por la Corte Constitucional. Sin embargo, a pesar de la especial protección brindada por los instrumentos mencionados en Colombia existe una restricción establecida en el numeral primero del artículo 310 del código civil la cual suspende de manera arbitraria la patria potestad por la causal “demencia” lo cual va contravía de principios Constitucionales que

---

<sup>14</sup> Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Becario de la primera promoción de la Especialización en Derecho de Familia. Correo electrónico: cristianmartinezc97@gmail.com

afectan a las personas con capacidades diferentes.

**Palabras clave:** discapacidad, inconstitucionalidad, discriminación, igualdad, patria potestad.

## ABSTRACT

Over the years, the constant struggle for the right to equality that people with disabilities have waged has become evident. One of the greatest advances in terms of guaranteeing the fundamental rights of this population group is the approval in 2006 of the convention on the rights of persons with disabilities, whose optional protocol has been approved by more than 130 countries in the Currently including Colombia, in addition to the issuance of Law 1996 of 2019, which implemented enormous changes in terms of the ability to enjoy and exercise people over 18 years of age and materialized the concept of the social model of disability established by the Constitutional Court. However, despite the special protection provided by the instruments mentioned in Colombia, there is a restriction established in the first numeral of article 310 of the civil code, which arbitrarily suspends parental authority for the cause of "insanity" which goes against the law. Constitutional principles that affect people with different capacities.

**Keywords:** disability, unconstitutionality, discrimination, equality. Custody.

## INTRODUCCIÓN

Las personas en condición discapacidad equivalen a cerca de un 15 % de la población mundial, lo cual implica un deber positivo por parte de los Estados de garantizar sus derechos fundamentales y una mayor inclusión en su vida diaria, evitando cualquier tipo de discriminación en razón a sus limitaciones. Desde el siglo XX la comunidad internacional ha realizado los siguientes esfuerzos jurídicos tendientes a la protección de las personas con discapacidad entre ellos: La declaración Universal de los derechos humanos en el año 1948, el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos en el año 1966 , la declaración de los derechos de las personas con retardo mental en el año 1971 , la declaración de los derechos de los impedidos en el año 1975 , la declaración de los derechos de las personas sordo ciegas en el año 1979 y por último la declaración universal de los derechos de las

personas con discapacidad en el año 2006.

La declaración universal de los derechos de las personas con discapacidad fue expedida en el año 2006 por la Asamblea de Naciones Unidas y es considerada uno de los avances más importantes en materia de inclusión de las personas en condición de discapacidad en el derecho internacional, esta fue integrada correctamente al bloque de Constitucionalidad mediante la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. En esta ley se reconocen obligaciones de carácter positivo para el Estado tendientes a la garantía e igualdad de derechos de las personas con discapacidad. Como la eliminación del lenguaje discriminatorio y la promoción de la igualdad real y material de las personas en situación de discapacidad.

De ahí la importancia de esta investigación, la cual pretende evidenciar que la disposición establecida en el artículo 310 del código civil en su numeral primero que suspende la patria potestad de las personas en condición de discapacidad en el territorio nacional, vulnera principios rectores de igualdad y no discriminación establecidos en la Constitución Política y disposiciones de la Ley 1996 de 2019, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional estableciendo la universalidad del derecho de capacidad de las personas e instituyendo como presunción de derecho, la capacidad de goce y ejercicio de todos los individuos mayores de 18 años.

La metodología usada en este artículo se considera una investigación documental la cual realiza una exhaustiva compilación de normas, jurisprudencia y conceptos doctrinales que evidencian la protección especial dada a las personas en condición de discapacidad en Colombia tendiente a garantizar el derecho a la igualdad real y material de los mismos, culminando así con las presunciones de capacidad de goce y ejercicio establecidas en la Ley 1996 de 2019 realizando un análisis de inconstitucionalidad del controvertido artículo del código civil.

Este escrito está dividido en tres capítulos. El primero desarrolla el marco jurídico de protección de las personas en situación de discapacidad en Colombia mencionando, normas internacionales, Constitución Política, Leyes y Sentencias. El segundo capítulo tendiente a describir patria potestad en el ordenamiento jurídico colombiano y el tercer capítulo desenvuelve un análisis de

inconstitucionalidad de la norma del código civil a la luz de lo anteriormente expuesto.

## **1. MARCO JURIDICO DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD EN COLOMBIA**

Colombia no ha sido ajeno a la protección de las personas en condición de discapacidad, a continuación, se realizará un completo recorrido por la Constitución, ley y jurisprudencia tendiente a la protección de sus derechos fundamentales.

### **A. Protección Constitucional de las personas en condición de discapacidad.**

Debemos iniciar estableciendo el especial amparo que la Carta Magna instituye frente a las personas en condición de discapacidad, y para esto es prudente mencionar el artículo 13 Constitucional el cual establece lo siguiente:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Constitucion Politica de Colombia, 1991, Art 13).

Se puede observar que la Constitución establece como uno de los principios fundantes la igualdad real y efectiva de todas las personas. Este principio incluye una amplia protección a las personas en condición de discapacidad, al establecer la igualdad de derechos de las personas que habitan el territorio colombiano y una especial protección a las personas que se encuentren en debilidad manifiesta por su condición económica física o mental por lo tanto el Estado se faculta establecer una potestad sancionatoria para cualquier acto de discriminación que pueda ocurrir dentro de la jurisdicción nacional.

En cuanto a una mención taxativa de protección hacia las personas en condición de discapacidad, el artículo 47 de la Constitución señala que: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran” (Constitución Política de Colombia, 1991, art 47). Esto instituye una orientación a las políticas estatales que se deben adelantar para garantizar la inclusión social de las personas en condición de discapacidad, prestando la atención necesaria a las necesidades especiales de integración que presenta este grupo de personas, como por ejemplo la eliminación de lenguaje discriminatorio, la eliminación de normas que restrinjan la capacidad de las personas y la atención especial que propenda a su efectiva rehabilitación como inclusiones en el ámbito laboral o adecuaciones en la infraestructura de la ciudad para su efectiva movilidad.

Por último, el Artículo 54 el cual dispone una protección especial en materia laboral para las personas en condición de discapacidad, lo cual busca fortalecer la independencia económica de la siguiente manera:

Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (Constitución Política de Colombia, 1991, art 54).

Es claro que la especial protección que brinda la Constitución en su artículo 54 correspondiente al ámbito laboral el cual se considera un acapite fundamental para la debida inclusión de las personas en condición de discapacidad , garantizar por parte del estado una independencia económica de este grupo poblacional influye en solventar sus necesidades básicas y avalar el acceso a sus derechos fundamentales como lo establece Sandra Duque magister en derecho de la siguiente manera:

El ámbito laboral constituye, por consiguiente, el objetivo específico para el cumplimiento de esos propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas, así como su desarrollo personal. De ahí que el elemento prioritario de esa protección lo constituya una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para su subsistencia y el

sostenimiento de su familia (arts. 54 y 334 C. P.) para todos aquellos que se encuentren en edad de trabajar. (Duque, 2016).

Con el fundamento Constitucional analizado se puede evidenciar que la norma rectora del ordenamiento jurídico colombiano ha buscado una inclusión real y material de las personas en condición de discapacidad, teniendo en cuenta ámbitos laborales, sociales y médicos.

Apoyando este avance Constitucional expuesto encontramos a la doctora Yadira Palacio abogada de la Universidad del Norte quien define el avance que ha tenido la protección a las personas en condición de discapacidad en Colombia de la siguiente manera:

Se plantean acceso a bienes y servicios con criterios de pertinencia, calidad y disponibilidad, procesos de elección colectiva, la garantía plena de derechos de los ciudadanos y la eliminación de prácticas que conlleven a la marginación y segregación de cualquier tipo. El objetivo es que las PcD tengan un acceso creciente y progresivo al desarrollo humano, a la seguridad humana y al ejercicio de los derechos humanos, bajo un enfoque diferencial que consolida una perspectiva hacia la inclusión en Colombia (Palacio, 2014).

Lo anterior implica que el estado debe garantizar la implementación de un enfoque diferencial para las personas en condición de discapacidad , esto significa no solamente la inclusión de protecciones constitucionales y legales si no el efectivo acceso a estos derechos de elección colectiva, derechos que deben ser especialmente protegidos al considerarse un grupo de alta vulnerabilidad generando acceso progresivo a todas las facilidades que garanticen una inclusión total de este grupo a la sociedad.

## **B. Protección jurisprudencial de las personas en condición de discapacidad.**

Ahora bien, es importante analizar los avances jurisprudenciales que se desenvuelven en cumplimiento de preceptos Constitucionales que han sido establecidos por el legislador y los gobiernos en turno a lo largo de los 20 años de la Carta en materia de protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad. En primera medida frente a las

expresiones discriminatorias establecidas por el legislador y, en segunda medida, frente a la protección de los derechos a la igualdad y la dignidad de las personas en condición de discapacidad.

Frente a las expresiones discriminatorias establecidas en la ley, la Corte Constitucional en sentencia C 1088-2004 se ha pronunciado en favor de los derechos de las personas en condición de discapacidad de la siguiente forma:

En este orden de ideas, frente a un sistema político y jurídico que afianza la legitimidad del poder público en el respeto irrestricto que merece la persona humana como un ser con múltiples potencialidades en vías de realización, ya no puede manejarse la lógica discursiva de hace dos siglos. En este momento, los derechos humanos son el fundamento y límite de los poderes constituidos y la obligación del Estado y de la sociedad es respetarlos, protegerlos y promoverlos. De allí que al poder político ya no le esté permitido aludir a los seres humanos, sea cual sea su condición, con una terminología que los despoje de su dignidad, que los relegue al derecho de cosas. Mucho más cuando se trata de personas discapacitadas pues a ellas también les es inherente su dignidad de seres humanos y, dada su condición, deben ser objeto de discriminación positiva y de protección e integración social. (Corte Constitucional, Sentencia C-1088 de 2004).

La Corte fundamenta que, el lenguaje jurídico utilizado por el órgano redactor de la norma debe ser acorde con los conceptos actuales de derechos humanos, acudiendo a términos que no despojen a estas personas de sus condiciones de dignidad inherentes. Siendo el lenguaje un modo de inclusión, el cual debe ser adoptado por el Estado mediante acciones tangibles, lo que implicaría la eliminación de cualquier término existente que sugiera discriminación a las personas en condición de discapacidad, además de eso evitando la redacción de nueva normatividad que utilice o sugiera cualquier tipo de discriminación.

Siguiendo con la línea garantista del tribunal Constitucional en materia de la utilización de lenguaje inclusivo, el cual se ha basado en el derecho fundamental a la igualdad. Una de las medidas urgentes que se definen es la eliminación del lenguaje discriminatorio preexistente, como lo establece la sentencia C-804 de 2006 de la siguiente manera:

El lenguaje como fenómeno social, cultural e institucional de primer

orden, se proyecta de manera directa en el ámbito jurídico: *“el Derecho se manifiesta, se funda y se expresa por medio de palabras”*. El lenguaje jurídico refleja y también contribuye a perpetuar formas de pensamiento. El lenguaje ni la cultura permanecen estáticos, sino que se transforman de manera profunda, aun cuando a veces imperceptible, con el paso del tiempo. Así, como los cambios sociales pueden tener incidencia en los cambios del lenguaje y de los contenidos de las definiciones construidas a partir del mismo, también el lenguaje y la manera como éste sea utilizado para establecer contenidos, puede producir una variación en la percepción de los fenómenos sociales (Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2006).

Es decir que desde el año 2006, la jurisprudencia tuvo claro que el lenguaje utilizado por el legislador puede producir una variación en las conductas y fenómenos evidenciados en la sociedad, lo que implica que las normas redactadas por el legislador pueden agravar conceptos de discriminación, los cuales están profundamente afianzados en un sector de la población. Por lo tanto, el primer paso, para garantizar una igualdad real es eliminar el lenguaje que puede causar afectaciones a la integridad, dignidad e igualdad de las personas con capacidades diferentes.

Más recientemente en sentencia C 042 de 2017 de la Corte Constitucional se puntualiza que la mala formulación de una regla o norma de derecho puede llevar a la violación de derechos fundamentales de las personas de la siguiente manera:

El uso emotivo de las palabras utilizadas por el legislador al formular una regla de derecho determinada puede interferir derechos fundamentales de las personas y por ello el juez constitucional se halla legitimado para resolver los problemas constitucionales que se deriven de ello y que le sean planteados en ejercicio de la acción pública e informal de inconstitucionalidad. Y cuando el juez constitucional asume esta función, lejos de incurrir en excesos, está cumpliendo, de manera legítima, con la tarea que se le ha encomendado: Defender la integridad y supremacía de la Carta Política (Corte Constitucional, Sentencia C-042 de 2007).

Siguiendo con este postulado, el jurista Humberto Sierra Porto en su intervención en el documento un elemento estratégico en la construcción de igualdad, publicado en la comisión de género de la rama judicial;

estableció tres supuestos a tener en cuenta frente al lenguaje inclusivo que debe ser utilizado por el legislador de la siguiente manera:

En lo que respecta a los títulos de las leyes, el lenguaje jurídico debe ser respetuoso del texto constitucional, lo que impone al legislador un uso de éste que no contenga elementos discriminatorios. No pueden utilizarse los enunciados que la propia Constitución prohíbe para establecer diferenciaciones entre personas o sectores de la población (Porto, 2008).

Es decir que, cualquier elemento utilizado por el legislador, debe respetar los principios Constitucionales previamente establecidos, evitando vulnerarlos y consagrando el lenguaje como elemento inclusivo más no discriminatorio.

El autor también establece una estricta relación del lenguaje inclusivo con el derecho a la igualdad estableciendo una prohibición a utilizar expresiones que fomenten cualquier tipo de discriminación de la siguiente manera: “Para garantizar y hacer efectivo el derecho fundamental a la igualdad no pueden utilizarse alusiones discriminatorias basadas en la raza, el sexo, la religión y en general, las denominadas como categorías sospechosas” (Porto, 2008).

En un tercer aspecto se establece que el lenguaje no puede menoscabar otros derechos Constitucionales establecidos previamente en el ordenamiento jurídico de la siguiente manera:

Además, la utilización del lenguaje contenido en el ordenamiento jurídico no puede constituir un atentado o desconocimiento de otros derechos fundamentales, y, en particular, de la dignidad humana (artículo 1 de la Carta Política), el pluralismo (artículo 1 ídem), el carácter laico del Estado (artículo 19 de la Carta Política) y, en general, los valores y principios contenidos en la Constitución (Porto, 2008).

En virtud de esta postura doctrinal se evidencia que el lenguaje, es un elemento transformador de la sociedad, el cual no puede ir en contravía de derechos y principios fundamentales, por lo tanto es deber del Estado eliminar las expresiones discriminatorias del ordenamiento jurídico vigente, realizando una actualización de sus normas basado en las garantías actuales que cuentan estos grupos poblacionales, fomentando un trato igualitario desde la redacción de la norma, es el Estado el que

debe dar ejemplo de inclusión y el primer paso para hacerlo es derogando estas terminología que aun se encuentra vigente en varias disposiciones del ordenamiento jurídico actual. Todos los argumentos jurisprudenciales expuestos anteriormente están encaminados a afirmar que las expresiones discriminatoras deben ser eliminadas del ordenamiento jurídico vigente, puesto que el mal uso del lenguaje por parte del legislador vulnera derechos fundamentales de este grupo poblacional.

Ahora bien, el segundo punto importante para tener en cuenta en materia jurisprudencial es el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas en condición de discapacidad. En este recorrido normativo a través de los años es importante iniciar con la mención de la sentencia C 478 de 2003, la cual estableció como una problemática a tener en cuenta la elaboración de un concepto unificado de discapacidad, lo anterior ha generado una discrepancia con las terminologías utilizadas por el legislador, como se expresa del siguiente modo.

La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. En un comienzo, el tema se abordó para efectos principalmente civiles y penales; en el S. XX, como se ha visto, se amplió considerablemente el panorama hacia el derecho laboral, la seguridad social y la educación, vinculando además la situación que padecen estas personas con los derechos fundamentales, en especial, con los derechos a la dignidad humana y la igualdad formal y material. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión, por lo cual, es usual encontrar legislaciones internas que no se adecuan a los avances científicos en materia de discapacidad (Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 2003).

Esto implica que el concepto de discapacidad está en constante cambio y evolución, debido a esto el Estado debe adaptarse a la noción utilizada en la actualidad, frente al cual se garantiza la integración, igualdad y protección de la dignidad humana de las personas sin importar su

condición. Por lo tanto, es necesario realizar los cambios que sean apremiantes en el ordenamiento jurídico actual.

El siguiente avance normativo presentado se encuentra en la sentencia C 824 de 2011 en donde se menciona un concepto importante, definiendo como un acto discriminatorio por parte del Estado el anular o restringir derechos y libertades de las personas en condición de discapacidad de la siguiente forma:

En cuanto a la necesaria eliminación de la discriminación y la garantía de la igualdad real y efectiva de esta población, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las personas con limitaciones o con discapacidad, deben gozar de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, sin que puedan ser discriminadas en razón de su particular condición de discapacidad. En este sentido, ha resaltado que existen dos tipos de situaciones que constituyen actos discriminatorios contra las personas con limitaciones o con discapacidad: (i) de un lado, toda acción que anule o restrinja los derechos, libertades y oportunidades de estas personas; y (ii) de otro lado, toda omisión injustificada respecto de las obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual aparece como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y por tanto constituye una discriminación (Corte Constitucional, Sentencia C-824 de 2011).

Esta sentencia establece como una forma de discriminación por parte del legislador toda acción que anule o restrinja derechos y libertades de las personas en condición de discapacidad, frente a lo cual podemos empezar a esbozar vistos sobre una posible inconstitucionalidad del término demencia establecido en el artículo 310 # 1 del Código Civil puesto que el mismo restringe derechos de los padres en condición de discapacidad sobre sus hijos no emancipados.

Todos los avances jurisprudenciales y doctrinales antes mencionados son necesarios para analizar la postura respecto a la protección de derechos fundamentales de las personas con capacidades diferentes existiendo una clara línea jurisprudencial garantista de parte de la Corte Constitucional como lo establece Mónica Isabel Hernández abogada de la Universidad San Buenaventura de la siguiente manera:

La Corte Constitucional ha reconocido que el problema de las personas con discapacidad es el contexto social, pues los efectos negativos de los impedimentos físicos o psíquicos derivan mucho más de la existencia de entornos sociales intolerantes, que de las afectaciones síquicas o físicas. En cierto sentido, es la sociedad la que ha sido minusválida al carecer de la capacidad de integrar a las personas que presentan algún impedimento físico o psíquico. El gran cambio frente a la discapacidad de las últimas décadas ha consistido precisamente en reconocer ese hecho elemental, a saber, que un medio social negativo puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad (Hernandez, 2015).

### **C. Protección legal de las personas en condición de discapacidad.**

Ahora bien también ha existido un avance normativo en materia de leyes que propenden la protección de las personas en condición de discapacidad el cual se ha acentuado subsiguientemente a la expedición de la Constitución Política en 1991 , este recorrido legal inicia con la ley 361 de 1997 la cual estableció una serie de mecanismos de integración para las personas en condición de discapacidad enfocada en 5 puntos básicos: 1) la prevención, 2) la educación, 3) la rehabilitación ,4) la integración laboral y 5) el bienestar social de las personas en condición de discapacidad. La cual se evidenció en el preámbulo de la norma de la siguiente manera:

El Estado Colombiano inspira esta ley para la normalización social plena y la total integración de las personas en situación de discapacidad y otras disposiciones legales que se expidan sobre la materia en la Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas en el año 1948, (..) El Estado garantizará y velará por que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales. (Ley 361, 2006).

En el ámbito internacional la protección de las personas en condición de discapacidad da un gigantesco avance con la convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación expedida en el año 1999, la cual fue ratificada por Colombia mediante ley

762 de 2002. En esta norma se promueven dos importantes definiciones del concepto de discapacidad. El primero de ellos tendiente a describir una deficiencia la cual afecta el entorno de la persona de la siguiente manera:

El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (ONU, 1999, Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación).

Es interesante el modo en que la convención puntualiza cómo el entorno económico y social pueden incluso agravar las condiciones de desigualdad que sufren las personas en condición de discapacidad, lo cual implicaría un enfoque multidisciplinario y estatal para garantizar su plena inclusión, socialmente realizando campañas de sensibilización a la población en general y económicamente pretendiendo brindar el mismo acceso de oportunidades que una persona la cual no posee ningún tipo de limitación.

A continuación, se analizará cómo la convención enfatiza un concepto clave, el término discriminación contra las personas en condición de discapacidad, el cual es definido de la siguiente forma:

El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales (ONU, 1999, Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación, art 1).

Desde el año 1999 se especifica como discriminación cualquier norma que tenga como propósito impedir o anular el reconocimiento goce o ejercicio de derechos y libertades fundamentales de las personas en condición de discapacidad incluyendo la suspensión de la patria potestad, la cual se define como el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres sobre los hijos y sobre la cual se puntualizará más adelante.

Otro aspecto a tener en cuenta de esta convención es su artículo

tercero, en donde se exhorta a los estados a eliminar cualquier forma de discriminación hacia las personas en condición de discapacidad de la siguiente forma: “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” (ONU, 1999, Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación, art 3).

En el año 2006 los Estados, Mediante la Organización de Naciones Unidas crean la Convención de los derechos de las personas con discapacidad la cual tiene como objetivo:

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (ONU, 2006, Convención de los derechos de las personas con discapacidad).

De los mayores avances establecidos en este instrumento internacional fue consagrar el principio de progresividad en materia de protección de las personas en condición de discapacidad, entendido como la ampliación de manera gradual de los derechos fundamentales de los mismos siempre y cuando las condiciones del estado lo permitan, pero también incluyó un lenguaje de consagración de derechos definido por Carlos Parra director del grupo de investigación de derechos humanos de la Universidad Sergio Arboleda de la siguiente manera:

El enfoque basado en derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas sólo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para hacer efectivas las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos

humanos (Parra, 2010).

Con la convención se demostró la voluntad de los Estados para avanzar en la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Tras la ratificación masiva de este instrumento por más de 100 países miembros de la organización, Colombia la incorpora al ordenamiento jurídico vigente mediante la Ley 1346 de 2009 haciéndola norma integral del bloque de Constitucionalidad. Tres años después de la creación de la Convención y después de la presión ejercida por organizaciones tendientes a la protección de los derechos de las personas con Discapacidad, Colombia realiza el esfuerzo legislativo por incorporarla materialmente al ordenamiento jurídico. Pero se debe dejar en claro que la aplicación real de esta norma se da mediante la ley estatutaria 1618 de 2013, que en su artículo tercero menciona los principios que se deben tener en cuenta en materia de discapacidad de la siguiente manera:

El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas, b) La no discriminación, c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades, f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (Ley 1618, 2013, art 3).

Esta norma se enfoca en Garantizar un proceso de inclusión social para todas las personas en condición de discapacidad. cuyo deber taxativo es la ejecución de acciones afirmativas por parte del Estado para asegurar que todas las personas en condición de discapacidad gocen de los mismos derechos de todos los ciudadanos, eliminando así cualquier tipo de barreras y garantizando su accesibilidad a la sociedad. Todas estas acciones deben de ser ejecutadas mediante rehabilitación funcional e integral a las personas con esta condición, estableciendo un enfoque diferencial y adelantando acciones ajustadas para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de este grupo poblacional.

Por último, es necesario tener en cuenta el punto de discusión en materia normativa de este artículo, el cual hace referencia a la protección de derechos de las personas en condición de discapacidad mediante la Ley

1996 de 2019, la cual establece la capacidad plena de este grupo poblacional de la siguiente manera:

Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume. La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente (Ley 1996, 2019, art 8).

Una vez delimitado el marco jurídico de protección a las personas en condición de discapacidad en Colombia, podemos concluir que no pueden existir normas cuyo fin sea limitar derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, por lo tanto, a continuación, entraremos a definir la institución de la patria potestad aspecto clave para el desarrollo de este artículo científico.

## **2. LA INSTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

Para el desarrollo de este escrito es necesario definir el concepto de patria potestad, el cual está delimitado en el artículo 288 del Código civil como:

El conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia (Código Civil Colombiano, 1887, art 288).

Es claro que el Código Civil establece como concepto de patria potestad una serie de deberes que poseen los padres sobre sus hijos no emancipados, sin embargo se tiene que argumentar que esta institución esta evidentemente creada para la protección de los menores de edad como lo establece la catedrática Andrea Barreto de la siguiente manera:

La Patria Potestad es concebida jurídicamente como una institución que protege los intereses de los hijos no emancipados, más que a los padres; su propósito es asegurar el cumplimiento de los deberes que el parentesco y la filiación imponen a los padres frente a la formación y educación de los hijos. Es por tanto, un derecho de orden público, obligatorio, irrenunciable, indelegable, indisponible y por tanto no susceptible de transacción o conciliación; es deber de los padres ejercerla en función del menor, sin que su ejercicio pueda regularse a voluntad privada, solo se suspende mediante decisión judicial de la autoridad competente (Barreto, 2015).

Continuando con la delimitación del concepto de patria potestad el reconocido catedrático del derecho civil Colombiano el maestro Jorge Angarita Gómez como se cita en (Patiño, 2008) define a la institución de la patria potestad como “ La relación mutua que la ley reconoce entre una persona y otra subordinada de la primera, principalmente por vínculos de sangre, para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos naturales” (Gomez, 1998). Lo cual introduce un concepto interesante definiendo como subordinación la dependencia existente entre los padres y el menor , generando obligaciones entre ellas de tipo alimentarias , afectivas y de crianza propias de esta clase de vínculos determinados por el derecho civil y las cuales se generan especialmente para proteger una formación y desarrollo integral del menor.

Como se puede evidenciar la patria potestad más que proteger los derechos de los padres lo que busca es un desarrollo integral como lo establece el doctor Ronald Silva de la Hoz abogado de la Universidad de la Costa quien delimita la patria potestad a la protección del infante de la siguiente manera:

El ejercicio de la patria potestad tendrá como base y fundamento el principio del interés superior de la infancia. Se entiende como interés superior de la infancia o del menor: la prioridad que ha de darse a los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, respecto a los derechos de cualquier otra persona (Silva, 2020).

Ahora bien, es importante mencionar el concepto que tiene la Corte Constitucional sobre la patria potestad la cual en sentencia C -1003-2007, estableció la función específica de la patria potestad de la siguiente forma:

Esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y, en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión (Corte Constitucional, Sentencia C-1003 de 2007).

Según la Corte Constitucional la Patria potestad tiene como función principal el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, esto implica que la decisión de perderla o suspenderla únicamente se da en virtud incumplimiento comprobado de los deberes parentales, analizando las posturas doctrinales es evidente que la estabilidad emocional y material de los menores no se vería afectada por la condición de discapacidad de un padre. Es evidente que no pueden existir presunciones negativas de capacidad por parte del estado y debe ser la justicia ordinaria quien determine si un padre puede cumplir con deberes y derechos parentales, mas no el legislador mediante una presunción que claramente vulnera principios Constitucionales analizados en este artículo en el acápite primero.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-145/2010 establece tres tipos de derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de la siguiente manera:

Los derechos que comprende la patria potestad se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no sólo ante los jueces, sino también ante cualquier autoridad o particular en que deba participar o intervenir el hijo

de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones. En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley, el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles (Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2010).

Es decir que los padres poseen derechos sobre los bienes de los menores entre ellos el usufructo entendido como el derecho de uso, goce y administración de los bienes a nombre de los infantes, además de realizar la representación judicial de los mismos ante las autoridades competentes. Pero no todo puede definirse como derechos puesto que la patria potestad también implica unos deberes parentales entre ellos el definido en el artículo 298 del Código Civil respecto a la administración de los bienes del menor de la siguiente manera:

Los padres son responsables, en la administración de los bienes del hijo, por toda disminución o deterioro que se deba a culpa, aún leve, o a dolo. La responsabilidad para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos en los bienes en que tienen la administración, pero no el usufructo; y se limita a la propiedad en los bienes de que son usufructuarios (Código Civil Colombiano, 1887, art 298).

Como podemos observar tanto los derechos como los deberes de los padres en virtud de la patria potestad están profundamente ligados a los derechos del menor y de la protección que le otorga el artículo 44 Constitucional, el legislador lo que ha buscado en la redacción de la norma es proteger el patrimonio económico y la integridad personal del menor mediante su núcleo más cercano familiar que en este caso son sus padres.

### **3. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 310 DEL CÓDIGO CIVIL EN SU NUMERAL PRIMERO EN REFERENCIA AL TERMINO DEMENCIA.**

Ahora bien, el siguiente paso es analizar la expresión demencia contenida en la norma en conflicto, la cual debe ser declarada inconstitucional en su numeral primero. El artículo 310 del Código Civil en donde se establece las siguientes causales de suspensión para la Patria Potestad:

La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres,

por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos (Codigo Civil Colombiano, 1887, art 310).

Si observarnos la expresión demencia especificada en este artículo, podemos evidenciar que va en contravía de los presupuestos desarrollados anteriormente en la Constitución Política de Colombia y el bloque de Constitucionalidad el cual busca garantizar la igualdad real y material de las personas en condición de discapacidad, y la jurisprudencia la cual ha establecido que las expresiones discriminatorias y peyorativas sobre grupos poblacionales deben ser eliminadas del ordenamiento jurídico vigente. Esta expresión establece que un padre que sufra alguna enfermedad mental no es capaz de tener derechos y deberes sobre sus hijos, lo cual atenta directamente sobre la población en condición de discapacidad y los priva de ejercer libremente los derechos derivados de su paternidad estableciendo una presunción negativa de capacidad y desconociendo las nuevas formas de ejercer derechos de este grupo poblacional.

Para argumentar mejor esta inconstitucionalidad es necesario realizar el análisis de una de las sentencias hito de la Corte Constitucional en materia de protección de derechos a las personas en condición de discapacidad. La sentencia T 525/2019, la cual considera a Colombia como un Estado que posee un modelo social de discapacidad de la siguiente manera:

Por otro lado, la jurisprudencia ha determinado que el Estado colombiano adoptó el **“modelo social de discapacidad”**, el cual asocia la condición de discapacidad de una persona a la reacción social o a las dificultades de interacción con su entorno derivadas de esa situación. Tal reacción es un límite a la autodeterminación de la persona en situación de discapacidad y le impide integrarse adecuadamente a la comunidad. de esta manera, el modelo social erige a la dignidad humana como un presupuesto ineludible para que las personas en situación de discapacidad puedan aportar a la sociedad y, junto con ello, sentirse parte de la misma sin ser excluidos por sus condiciones. En este sentido, las medidas estatales y sociales deben

dirigirse a garantizar el mayor nivel de autonomía posible del individuo, mediante *ajustes razonables* requeridos por su condición, que no se concibe como limitación sino como diversidad funcional. En este orden de ideas, las personas en condición de discapacidad son reconocidas a partir de su diferencia (Corte Constitucional, Sentencia T-525 de 2019).

El modelo social de discapacidad es un sistema que se ha adoptado a nivel internacional y que Colombia lo ha incorporado a su legislación para garantizar el máximo de derechos de las personas con alguna condición de discapacidad, este modelo es definido por Jorge Maldonado doctor en derecho de la Universidad Nacional de Educación a distancia de España de la siguiente manera:

En efecto, hemos de comprender que en la actualidad se está pasando de la percepción de las personas con discapacidad, como personas enfermas, que debían de superar carencias y deficiencias a fin de adaptarse lo mejor posible a la sociedad existente, para lo que se les ofrecía el adecuado tratamiento médico, o en su caso, prestaciones económicas o sociales, que eran entendidas casi como beneficencia; a la percepción de las personas con discapacidad como un colectivo que se encuentra en una especial situación de desventaja social debido a que la sociedad ha construido un entorno (Maldonado, 2013).

Esto implica que los Estados están pasando de un modelo médico que evidenciaba a las personas en condición de discapacidad como personas enfermas las cuales tenían carencias que Debían ser solventadas por parte del estado, a un modelo social de discapacidad en donde se prioriza la rehabilitación de los individuos y se enfatiza en la inclusión de los mismos en todos los ámbitos de la sociedad.

Ahora bien, aplicando las funciones establecidas por la Corte Constitucional y el modelo social de discapacidad es evidente que la función principal de la patria potestad es el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, esto implica que la decisión de suspenderla únicamente se debe tomar para garantizar el beneficio a los mismos y la toma de esta decisión no debe derivarse de una presunción negativa de capacidad por parte del legislador sin tener en cuenta los apoyos taxativos establecidos en la ley para que las personas con alguna condición de discapacidad

ejercen sus derechos y deberes. La suspensión de la patria potestad derivada de la causal demencia implica un trato desigual hacia las personas que poseen alguna condición de discapacidad y que sin dudarlo pueden seguir cumpliendo con los deberes parentales a pesar de su condición.

Es importante establecer que con base a estos conceptos desarrollados se expidió una serie de directrices por parte del legislador en la Ley 1996 de 2019 la cual en su artículo 6 establece la modificación a realizarse respecto a la capacidad de las personas en condición de discapacidad de la siguiente forma:

Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usar o no apoyos para la realización de actos jurídicos. En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona. La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral (Ley 1996, 2019, art 6).

Esta ley es fundamental puesto que se otorga una presunción de capacidad *iuris et de iure*, la cual no es desvirtuarle ni admite prueba en contra, extendiéndose a todas las personas mayores de 18 años las cuales tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente con unas condiciones establecidas taxativamente en la ley. Lo anterior implica analizar las restricciones de capacidad establecidas en el Código Civil incluyendo las figuras tendientes a limitar derechos por el simple hecho de su discapacidad. Es decir, la mayor novedad de esta norma está en la presunción de capacidad de los individuos mayores de 18 años y la creación de mecanismos de apoyo para que puedan ejercer plenamente su capacidad.

Como se pudo demostrar la Ley 1996 de 2019 es un paso enorme tendiente a la correcta aplicación del bloque de Constitucionalidad, esto se da gracias a la presión ejercida en el año 2016 por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, el cual en sus recomendaciones de seguimiento de aplicación del instrumento estableció su preocupación sobre los regímenes de capacidad en Colombia de la siguiente forma:

Preocupa al Comité que la legislación y la jurisprudencia referente a la

institucionalización por motivo de discapacidad, la esterilización forzada y los regímenes que limitan la capacidad jurídica no se han armonizado con la Convención. Se evidencia que persiste el uso de terminología peyorativa en la legislación, jurisprudencia, regulaciones y documentos oficiales para referirse a personas con discapacidad, principalmente discapacidad psicosocial o intelectual (ONU, 2016, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad).

Desde el año 2016, la Organización de Naciones Unidas advirtió sobre inconsistencias en la normativa interna de Colombia frente a la aplicación vinculante que posee la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Esta recomendación ha sido aceptada por las autoridades competentes y el órgano legislativo, los cuales han realizado esfuerzos como la ley 1996 de 2019 para garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, aún existen temas que deben ser regulados por la normatividad interna, entre ellos el término demencia utilizado en el artículo 310 del Código Civil. Por lo tanto, Colombia debe realizar las acciones necesarias para eliminar cualquier tipo de discriminación por cuestiones de discapacidad entre ellos la suspensión de la patria potestad debido a su condición.

Adicional a los argumentos anteriormente expuestos encontramos la definición de responsabilidad parental, como un concepto estrictamente ligado a la patria potestad en virtud que la redacción de ambas normas se delimita única y exclusivamente a la protección del menor, concepto definido por el artículo 14 del Código de Infancia de la siguiente forma:

La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos (Codigo de infancia y adolescencia Colombiano, 2006, art 14).

El código de infancia y adolescencia es enfático en establecer que la responsabilidad parental tiene una relación directa con la patria potestad y con los deberes de cuidado personal que los padres asumen frente a sus

hijos durante su proceso de formación. Apoyando la definición establecida en el código de infancia y adolescencia, Lilia Zabala doctora en derecho de familia de la Universidad Santo Tomas define a la responsabilidad parental de la siguiente manera:

La responsabilidad parental implica que el conjunto de facultades, obligaciones y deberes impuestos por la ley se encuentran en cabeza de ambos padres. Pues, aquellos están orientados a la satisfacción primordial del interés superior del menor. El espectro de acción de los progenitores frente al menor se circunscribe al ámbito personal, económico y administrativo (Zabala, 2019).

Se tiene claro que la responsabilidad parental establecida en el modelo Constitucional y en el código de infancia y adolescencia está estrictamente ligado al concepto de patria potestad puesto que el objetivo primordial de ambos conceptos es propender garantizar los derechos fundamentales de los menores mas no restringir derechos y libertades de los padres en virtud de una condición de discapacidad.

Ahora bien es necesario analizar la presunción de capacidad establecida en la ley 1996 de 2019, y para esto es necesario analizar la sentencia C 182 de 2016 la cual establece que ser titular de derechos y obligaciones, entre ellas la patria potestad otorga dos tipos de conceptos el primero la capacidad legal y el segundo la legitimación para actuar, este concepto lo desarrolla la corte de la siguiente forma:

Ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. De modo que, mientras “la capacidad legal es la posibilidad de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley, [lo cual puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte,” la legitimación para actuar como segunda faceta “comprende con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-182 de 2006).

Respecto a los conceptos mencionados por la Corte Constitucional, es evidente que la Ley 1996 de 2019 modificó tanto la legitimación para

actuar como la capacidad jurídica de las personas en condición de discapacidad, estableciendo la capacidad como una facultad de carácter universal, sin importar su condición. Por lo tanto, este cambio es acorde a los principios Constitucionales anteriormente desarrollados y busca garantizar el modelo social de discapacidad en el Estado Colombiano.

Para finalizar es necesario afirmar la inconstitucionalidad del término demencia establecido en el artículo 310 # 1 del Código Civil , pues este vulnera cinco aspectos fundamentales que hemos tratado a lo largo de este artículo 1) El modelo social de discapacidad establecido en Colombia en el año 2019, el cual propende garantizar al máximo el ejercicio pleno de los derechos de las personas en condición de discapacidad, 2) Los principios Constitucionales de igualdad, dignidad humana y no discriminación los cuales se ven claramente vulnerados con esta denominación y restricción en el código civil 3) El establecimiento taxativo en la jurisprudencia como una situación de discriminación, la restricción de derechos de las personas en razón a su condición. 4) La utilización del lenguaje inclusivo como un elemento de igualdad. 5) La presunción de capacidad de todas las personas mayores de 18 años establecida en la ley 1996 de 2019.

#### **4. CONCLUSIONES**

La protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad en Colombia ha evolucionado con el paso del tiempo hasta la instauración del modelo social de discapacidad por parte de la Corte Constitucional, lo anterior implica la obligación positiva por parte del estado de garantizar derechos fundamentales de este grupo poblacional propendiendo por la inclusión activa de los mismos a la sociedad.

Tanto el bloque de Constitucionalidad, la jurisprudencia y las diferentes leyes expedidas por el legislador han evidenciado un avance normativo para la protección de las personas en condición de discapacidad, entre los cuales se incluye una protección especial a evitar lenguaje discriminatorio dentro de las leyes , normas tendientes a garantizar una igualdad real y material de este grupo poblacional y una presunción de capacidad iuris et de iure que los faculta a realizar cualquier tipo de actos jurídicos y les da plenas garantías para el ejercicio de sus derechos.

La Institución de la patria potestad solamente debería ser suspendida en razón al interés superior del menor, no en razón a la condición de discapacidad de sus padres pues esto implicaría un elemento discriminatorio inaceptable en el ordenamiento jurídico actual teniendo en cuenta los avances presentados en la Ley 1996 de 2019 y las protecciones desarrolladas a lo largo de este artículo.

El término “demencia” estipulado en el artículo 310 # 1 del Código Civil es abiertamente inconstitucional puesto que se vulnera el modelo social de discapacidad proyectado por la Corte Constitucional , el cual da garantías de igualdad real y material tendiente a garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, además de vulnerar disposiciones tendientes al lenguaje inclusivo y la no discriminación a los grupos vulnerables por parte del Estado.

## REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Barreto, A. A. (2015). *Ineficacia Jurídica del Derecho a la patria potestad en Colombia*. Universidad Simón Bolívar. Obtenido de <http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/20.500.12442/1151/Patriapotestad..pdf?sequence=1#page=65>
- Congreso de la Republica. (26 de mayo de 1873). *Código Civil Colombiano, Art 288*. Bogotá, Colombia: *Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873*
- Congreso de la Republica. (26 de mayo de 1873). *Código Civil Colombiano. art 298*. Bogotá, Colombia: *Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873*
- Congreso de la Republica. (26 de mayo de 1873). *Código Civil Colombiano. art 310*. Bogotá, Colombia: *Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873*
- Congreso de la Republica. (7 de febrero de 1997). Ley 361 de 1997. Por medio de la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Colombia: *Diario Oficial No. 42.978, de 11 de febrero de 1997*.
- Congreso de la Republica. (8 de noviembre de 2006). *Código de Infancia y adolescencia*. Bogotá, Colombia: *Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006*
- Congreso de la Republica. (27 de febrero de 2013). *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. Bogotá, Colombia: *Diario Oficial No. 48.717 de 27 de febrero de 2013*
- Congreso de la Republica. (26 de agosto de 2019). 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. Bogotá, Colombia: *Diario Oficial No. 51.057 de 26 de agosto 2019*

- Congreso de la Republica. (31 de julio de 2002). 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, Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 44.889, de 5 de agosto de 2002
- Corte Constitucional. (01 de febrero de 2017). Sentencia C-042 de 2017. M.P Aquiles Arrieta Gómez. Bogotá, Colombia
- Corte Constitucional. (06 de noviembre de 2019). Sentencia T-525 de 2019. M.P Gloria Estela Ortiz Delgado. Bogotá, Colombia
- Corte Constitucional. (10 de junio de 2003). Sentencia C- 478 de 2003. M.P Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, Colombia
- Corte Constitucional. (3 de noviembre de 2004). Sentencia C-1088 de 2004. M.P Jaime Córdoba Tribiño. Bogotá, Colombia
- Corte Constitucional. (27 de septiembre de 2006). Sentencia C 804 de 2006. M.P Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, Colombia
- Corte Constitucional. (22 de noviembre de 2007). Sentencia C-1003 de 2007. M.P Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, Colombia
- Corte Constitucional. (03 de marzo de 2010). Sentencia C-145 de 2010. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, Colombia
- Corte Constitucional. (02 de noviembre de 2011). Sentencia C- 824 de 2011. M.P Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, Colombia
- Corte Constitucional. (13 de abril de 2016). Sentencia C-182 de 2016. M.P Gloria Estela Ortiz Delgado. Bogotá, Colombia
- Duque, S. (2016). Sobre la protección en el trabajo para las personas con discapacidad. (UDEA, Ed.) Medellín, Colombia . Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972016000100004](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972016000100004)
- Gómez, J. A. (1998). *Derecho civil, parte general y personas*. Bogota D.C: Temis.

- Hernández, M. (2015). El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES derecho*. Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2145-77192015000200004#2](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192015000200004#2)
- Maldonado, J. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. Ciudad de México: *Boletín mexicano de derecho comparado*. Obtenido de [http://scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332013000300008](http://scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008)
- Organización de Naciones Unidas. (1999). *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación*. Obtenido de [http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/064dd\\_OEA-1999%20DISCAPACIDAD.PDF](http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/064dd_OEA-1999%20DISCAPACIDAD.PDF)
- Organización de Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Obtenido de <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Organización de Naciones Unidas. (2016). *Observaciones finales al informe de evaluación de Colombia*.
- Palacio, Y. (2014). Una mirada al enfoque de derechos en la protección de las personas con o en situación de discapacidad en Colombia. Bogotá D.C, Colombia: *Vniversitas*. Obtenido de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/10127/8315>
- Parra, C. (2010). CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ANTECEDENTES Y SUS NUEVOS ENFOQUES. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-81562010000100011](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562010000100011)
- Patiño, I. A. (2008). *La patria potestad en Colombia desde un enfoque legal y jurisprudencial*. Bogota D.C.

- Porto, H. S. (2008). *Lenguaje un elemento estratégico en la construcción de igualdad*. Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Obtenido de [https://www.sdgfund.org/sites/default/files/GEN\\_ESTUDIO\\_Colombia\\_%20el%20lenguaje%20juridico%20y%20discriminacion.pdf](https://www.sdgfund.org/sites/default/files/GEN_ESTUDIO_Colombia_%20el%20lenguaje%20juridico%20y%20discriminacion.pdf)
- Silva, R. (2020). *Fundamentación de la patria potestad en Colombia a partir de la declaración universal de los Derechos de los menores en cuanto a la aplicación del interés superior del niño*. Universidad de la costa.
- Zabala, L. (2019). *De la autoridad a la responsabilidad parental en la familia contemporánea colombiana*. Bogotá D.C: Universidad Santo Tomas. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/20017>

# LA CONTROVERSIA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CURSO DEL PROCESO EN COLOMBIA

Duván Esteban Chaves Rivas <sup>15</sup>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2022.

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2022.

Referencia: Chaves, D. (2022). La controversia práctica de la prueba testimonial en el curso del proceso en Colombia. *Revista Científica Codex*, 8(14), XX-XX.

## RESUMEN

El presente artículo de investigación se dispone a estudiar la figura del testigo y su declaración, en contraste con la posibilidad de ser controvertida bajo la figura de la tacha testimonial en el ámbito del procedimiento laboral. Para ello, como prelude de la investigación se examinará las características generales de la prueba testimonial y su alcance en el régimen probatorio, para luego relegar su estudio bajo la filosofía del Código General del Proceso, y de esa forma exponer la contradicción práctica que existe en la práctica forense de la figura de la tacha testimonial entre lo tipificado por el Estatuto General con lo establecido por el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

---

<sup>15</sup> Abogado titulado de la Universidad de Nariño, Conciliador en Derecho de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, Miembro del capítulo Nariño del Instituto Colombiano De Derecho Procesal. Correo electrónico: [duvestch@udenar.edu.co](mailto:duvestch@udenar.edu.co). Dirección física: Carrera 28 número 17-12 Pasto, Nariño

**Palabras clave:** prueba testimonial, tacha, practica testimonial laboral, practica testimonial civil, momento procesal.

## **ABSTRACT**

This research article is about to study the figure of the witness and his statement, in contrast to the possibility of being contradicted under the figure of the testimonial strike in the field of labor procedure. To do this, we will begin to glimpse the general characteristics of the testimonial evidence and its scope in the evidentiary regime, and then relegate its study under the philosophy of the General Code of the process, and thus expose the contradiction that is denoted when comparing the figure of the testimonial cross between what is designated by the General Statute with what is established in the Code of Labor Procedure and Social Security.

**Key Words:** testimony, cross out, laboral testimony practice, civil testimonioy practice, procedural moment.

## **INTRODUCCIÓN**

La figura de la prueba testimonial, cuya finalidad es servir de instrumento necesario para la comprobación de los hechos como objeto de prueba, permite que las partes convenzan al director del proceso sobre la verdad material que les atribuye el derecho suscitado en la controversia judicial.

Así, el aforismo romano *idem est non es se aut non probari* (igual a no probar es carecer del derecho), indica que, el titular de una determinada relación jurídica, deberá someter su realidad a la teoría que le fundamente la parte contraria, que, por esencia del proceso contencioso, desprende alegar el desconocimiento del derecho atribuido y el demostrar las veces que sean necesarias la falta de dicha titularidad, probándose la verdad

bajo todos los medios que el estatuto general del proceso prevé para autenticarla.

En este sentido, con el fin de lograr los objetivos planteados en la presente investigación, en primer lugar, se procederá a dar una conceptualización general sobre la prueba testimonial, abarcando el estudio del testigo, su deber de testimoniar, así como la solicitud, decreto y práctica de la mencionada prueba dentro del proceso judicial, para posteriormente, centrarnos en el análisis de las herramientas que el Código General del Proceso trae consigo para desvirtuar la declaración testimonial, especialmente la figura de la tacha testimonial por causales de inhabilidad e imparcialidad, y finalmente, se analizará la práctica procesal de la misma figura en el ámbito del derecho procesal laboral, campo de la materia que por los principios de protección laboral ostenta cuidadosas diferencias procesales al momento de materializar los derechos. De esta manera, el análisis comparativo de las normas procesales colombianas, permitirá exponer las diversas inconsistencias que se presentan en el trascurso del proceso judicial en relación con la práctica de la prueba testimonial.

## **1. CONCEPTOS GENERALES DE LA PRUEBA TESTIMONIAL**

### **1.1. Nociones generales de la historia de la prueba y su desarrollo en Colombia.**

La institución jurídica de la prueba y específicamente la prueba testimonial, en su formación histórica ha trascendido desde el surgimiento del derecho, de tal forma que no se puede hablar de la evolución, ni del desarrollo de una rama y ciencia jurídica sin mencionar antes que uno de los factores claves dentro del desarrollo judicial a través del tiempo ha sido el derecho probatorio, que desarrolla en extenso la trascendental prueba testimonial (Castillo y Díaz, 2011).

Echandía (1970), diversifica la evolución histórica de la prueba y en específico la testimonial en múltiples etapas, comenzando por una fase étnica, seguida por la fase religiosa, marcada por la inserción en el aspecto probatorio de la religión, llegando así a la fase legal, es menester

remontarnos a lo que las primeras civilizaciones aplicaban en su ordenamiento jurídico. Así, en la antigua Grecia, todo aspecto probatorio se determinaba por *la teoría de los signos*, que hoy se asemeja a los indicios (Castillo y Díaz, 2011). En aquel entonces, las señales, huellas, y documentos que pudieran probar la verdad procesal, eran válidos siempre y cuando lleven implícitos su práctica oral, implementando el testimonio en los diferentes medios de prueba (Castillo y Díaz, 2011).

Posteriormente en el imperio romano un auge de la ciencia jurídica produjo también el constante adelanto de los medios de prueba. En particular el testimonio era fundamental dentro del proceso judicial, y este era valorado en una primera etapa por las mayorías, quienes decidían el destino de la controversia, y *a posteriori* ser valoradas por los jueces, quienes por regla general, daban especial trascendencia a este medio de prueba en el curso procesal (Echandía, 1970).

Con el surgimiento de la edad media, y la trascendencia de la religión evocándose en todo aspecto de la vida cotidiana, la prueba testimonial tuvo un declive, pues se instauraron medios probatorios que atañen a la religión como principal desencadenante de la verdad; es aquí que el testimonio perdía relevancia si no se podía confrontar con prácticas rudimentarias como las ordalías (Echandía, 1970).

A pesar de ello, en la fase religiosa apareció también la fase legal, donde se extralimitaron los poderes de los jueces para que el testigo declare aun cuando él no quería hacerlo; en ese momento, el surgimiento de la inquisición tornó a la obtención de la prueba testimonial en un mecanismo de tortura (Sentis, 1958).

En un futuro próximo a los acontecimientos anteriormente descritos, la fase sentimental denotó a la prueba testimonial como uno de los pilares dentro del derecho probatorio que practica los valores impresos por la revolución francesa, denotando dentro del proceso la legitimidad de dichos valores para los ciudadanos comunes que valoraban el testimonio y las demás pruebas según los argumentos presentados dentro del caso (Gorphe, 2014). Por último y hasta nuestros días, la fase científica es la que predomina dentro del sistema probatorio como pilar fundamental para la apreciación de las pruebas.

Ahora bien, en Colombia la prueba testimonial ha cambiado con las teorías que empujan la evolución de la prueba. En una primera instancia, el

Código de Procedimiento Civil (CPC) legisló lo referente a la prueba testimonial en materia civil, estableciendo una serie de directrices que fueron de referencia y debate para la nueva legislación.

En su momento, para el mencionado código toda persona dentro del ámbito colombiano tenía el deber de testimoniar –a excepción de ciertas limitaciones que se impusieron y que les impedía actuar en el proceso–, y si bien algunos de estos aspectos fueron posteriormente anulados, no se puede negar su aporte con nuevas figuras jurídicas de gran utilidad. Así entonces, entre los aspectos más relevantes de la prueba testimonial en el CPC encontramos: las inhabilidades para testimoniar, las tachas, los testigos sospechosos, el testimonio mediante certificación y las reglas a las cuales se sujetaría el testimonio (Código de Procedimiento Civil, 1970).

Finalmente, el Código General del Proceso (CGP) implementado con la promulgación de la ley 1564 del año 2012, derogó el CPC que venía siendo pilar dentro del derecho procesal desde hace más de medio siglo. Ello trajo consigo que el medio de prueba testimonial se surtiera bajo nuevos parámetros exigidos en esta legislación.

Es así que de forma innovadora, el CGP eliminó algunos aspectos implementados por el CPC que no venían funcionando, con el fin de facilitar la práctica probatoria, verbigracia, el código otorgó al juzgador la facultad de llamar a testimoniar a los menores de edad (art. 220 inciso 1º), también se sirvió eliminar la problemática figura del testimonio por certificación, estableció la posibilidad de volver a interrogar al testigo cuando su declaración no fuere lo suficientemente clara (art. 222), y por último, rescató y profundizó figuras como la tacha (arts. 210 y 211) y la contradicción del testimonio desarrolladas en vigencia del CPC (Código General del Proceso, 2012); siendo estos tan solo algunos de los nuevos y transformadores aspectos que trajo la nueva legislación regente en nuestro país.

## **1.2. ¿Qué es un testigo?**

El testimonio es para Parra (1986) “un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general” (p. 263). En ese orden de ideas, se entiende que el testigo sin incidir en el hecho a probar, lo ha presenciado o conoce del hecho, y está en capacidad de rendir una declaración que produzca la prueba, dicho de otro modo, un testigo es un tercero que entra y toma

repercusiones en el debate probatorio validando los hechos y pretensiones de una parte del proceso por medio de su percepción individual (Parra, 1986).

Pese a su amplia concepción, el CGP establece que no cualquier persona puede ser testigo, ya que se necesita cumplir con algunos de los aspectos pre procesales, que influirán en el testimonio y en el juicio oral; así entonces, un primer aspecto, que por ser obvio muchas veces es olvidado, se refiere a que solo las personas naturales dentro de nuestro ordenamiento colombiano pueden fungir como testigos, pues la capacidad de apreciar, recordar y contar las experiencias o hechos pasados es una característica propiamente humana que nunca podría atribuirse a las personas jurídicas (Rodríguez, 1997).

Para Ortells (2020) “el testigo es la fuente de la prueba testimonial, y el objeto de este medio de prueba son las narraciones de las circunstancias pasadas” (p. 246). En este sentido, el autor menciona que, para lograr la práctica de testimonio bajo las garantías del debido proceso, el testigo deberá soportar su versión en la égida de tres premisas. En primer lugar, el testigo deberá exponer su versión de los hechos ante la inmediata presentación del director del proceso, quien da constancia de todo lo que se diga en torno a la controversia suscitada. En segundo lugar, el testigo debe ostentar la calidad de tercero, pues su percepción no debe matizarse por la consecución de un resultado favorable o desfavorable que satisfaga su interés. Por último, el llamado a testimoniar solo deberá rendir su versión sobre los hechos pasados (Ortells, 2020).

En definitiva, la calidad de testigo dentro del proceso judicial no se adquiere solo por ser la persona que ha presenciado determinado hecho, pues para que su testimonio cobre validez necesariamente necesita que se cumplan con caracteres mínimos que le permitan al juez decretar la prueba y atribuirle valor, quedando a tono con la clara explicación de Parra (1986) al enunciar que:

La calidad de testigo no es una noción teleológica, sino que encuentra su razón de ser en sí misma, para permitir al Estado tomar unas medidas, como la imposición de deberes y el reconocimiento de una esfera de protección. La noción de testigo no satisface interés alguno, sino que es el presupuesto para imponer al individuo una serie de deberes y darle protección, si es del caso. Ejemplo: El testigo por sí mismo no satisface

ningún interés ni siquiera procesal, hasta el punto que puede comparecer y manifestar que no conoce los hechos por los cuales se le pregunta (p. 301).

### **1.3. Deber de testimoniar.**

El contrato social, teoría social que justifica la coacción del Estado sobre la voluntad del particular en razón de un bien mayor, faculta al juez para que en representación del Estado y en su deber de administrar justicia, inste a todo ciudadano que se encuentre dentro de la jurisdicción colombiana para que se sirva declarar sobre un hecho en concreto del que tuvo conocimiento.

En virtud de dichas facultades, el testigo no solo está obligado a comparecer en audiencia, sino que además deberá rendir el testimonio bajo el juramento de expresar la verdad, cuestión que de no ser atendida, permita al juzgador decretar las sanciones que describe la ley.

Producto del deber de cooperar con la justicia, el testigo también tendrá la facultad de poner en presencia del juez todos los medios que tenga a su alcance y que contribuyan a rendir un testimonio completo. Por consiguiente, el deber de testimoniar no solo se limita a la expresión oral de la persona, sino que también atañe el deber de rendir una versión útil que pueda complementarse con documentos que aporten el esclarecimiento de los hechos para los que fue llamado a testimoniar.

### **1.4. Exclusión del testimonio.**

Dentro de los procedimientos civiles, penales y laborales en nuestro país, no toda persona puede fungir como testigo, ya que diversos factores y elementos previos al mismo, permiten que su raciocinio y su imparcialidad se vean menoscabados. Para ello la legislación colombiana ha establecido diversas formas de excluir a un testigo. Así el CGP en su artículo 209 describe que:

No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: 1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República. 2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional y cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto

(Código General del Proceso, 2012, art. 209).

De la anterior referencia, se evidencia que la norma procesal tiene perfectamente delimitados aquellos casos en los que una persona está exenta al deber de testimoniar, que se descifran en dos vertientes, por un lado, las excepciones constitucionales que surgen en torno a la no autoincriminación (art. 34 superior) y, por otro lado, las tipificadas en el CGP. más precisamente en su artículo 209.

Conforme con la segunda, los abogados, sacerdotes, médicos periodistas o contadores, están exentos para fungir en calidad de testigos de un juicio en virtud a su deber profesional de guardar silencio en torno a la confesión que se genere en el marco de la confianza que le es propia de estas profesiones. Por ello quebrantar dicho deber sería ir en contra de los principios regentes tanto de la ley como del profesionalismo del individuo. De esta manera, a pesar de que su versión de los hechos sea determinante para el juicio, no hay posibilidad alguna de que estas personas estén obligadas a comparecer a juicio (López, 2008).

Lo anterior teniendo en cuenta que el secreto profesional para la Corte constitucional se define como: “la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-301, 2012). En este sentido, el secreto profesional es un derecho-deber del profesional, pues “de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento (Corte Constitucional, Sala Plena, C-301, 2012).

Por último, la excepción al deber de testimoniar no puede confundirse con la prerrogativa que algunos cargos públicos ostentan, como la de declarar por fuera de las instancias del juzgado, cuestión que se aplica en el evento en que el tercero llamado a declarar sea el Presidente de la República, quien a pesar de su calidad especial no es exonerado del deber de declarar, y por ello deberá programarse la diligencia del interrogatorio en el recinto del presidente en un día y hora determinados (Peláez, 2009).

### **1.5 ¿Cómo se solicita la prueba testimonial?**

En lo referente a la posibilidad de solicitar la prueba testimonial, el Código General del Proceso establece la manera en la cual debemos solicitar la prueba testimonial en el momento señalado por la ley para cada una de las partes. De ello, el artículo 212 del CGP menciona que:

Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba. El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso (Código General del Proceso, 2012, art. 212).

Así las cosas, encontramos que los parámetros establecidos dentro del CGP deben ser respetados al momento de solicitar un testimonio, pues dentro de la demanda, contestación y la oportunidad de descorrer traslado de las excepciones de mérito, el juez tiene el deber de verificar todos los requisitos procesales pertinentes para así poder decretar la prueba testimonial. Dichos requisitos a considerar son:

En primer lugar, la solicitud de que se exprese el nombre de quien fungirá como testigo, lo que gira en torno a la necesidad de individualizar a la persona, no basta solo con mencionar su calidad, profesión o una característica determinada. En segundo lugar, el requisito del domicilio, residencia o lugar donde se pueda citar a la persona dentro del proceso, que no tiene otra finalidad que poder efectuar la correspondiente citación y siendo el caso ordenar la comisión de él (Camacho, 2008).

Y, por último, y más importante: los hechos por los cuales se cita al ciudadano para comparecer al juicio el cual une el nexo de *la pertinencia probatoria*, caso en el que podemos definir dicho requisito como: los hechos o fenómenos que se buscan esclarecer al momento de decretar las pruebas pedidas por las partes, ya sean pasados o presentes, sobre los cuales se efectuará una reconstrucción a fin de establecer su existencia real y la incidencia de estos en el juicio (Cañón, 2009).

Sobre este último requisito, es importante mencionar lo que es el objeto de la prueba, pues para el doctor Jaime Guasp (como se citó en Colmenares, 2004), el objeto de la prueba está construido por los datos que integran el contenido de las alegaciones procesales, mientras que para el doctor Liebman (como se citó en Colmenares, 2004) serán los hechos de la causa, es decir, todas las circunstancias de hecho alegadas por las partes como fundamento de sus acciones o excepciones, dentro del proceso.

En resumen, el objeto de la prueba entonces no sería otro que tratar de probar por medio del testimonio lo que son los hechos materia de controversia dentro del proceso y todo lo relevante para la resolución del

proceso, como también todo en lo que haya discrepancia entre las partes (Rodríguez, 2014).

Ahora bien, el régimen probatorio vigente debe estar sujeto a la economía procesal; principio tendiente a conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia, mandato que justifica tres requisitos fundamentales para el decreto de la prueba: la pertinencia la conducencia y la utilidad.

El Consejo de Estado define estos requisitos como:

“la conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso. La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra.” (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Radicado 15001-23-31-000-2010-00933-02(19227), 2013).

Para esclarecer la función de los anteriores principios, Páez (2014) resalta qué, a diferencia de los contextos cotidianos, en el ámbito jurídico el testimonio no solo se valora en términos de su credibilidad, sino también de su relevancia, pertinencia y fuerza probatoria. Esto, debido a que en el ámbito judicial el testimonio ocurre dentro de un contexto altamente reglamentado y cumple una función muy concreta en el proceso, sobre todo en las controversias que de él se desprenden.

Aunado a lo anterior, a pesar de no estar explícitamente enunciado dentro de la ley procesal, debemos sumar que el testigo que se pretenda escuchar en el proceso sea pedido a tiempo, pues además de la legalidad y regularidad que se pretende en la práctica del testimonio, la prueba debe ser oportuna, así, la parte contraria puede hacer uso del principio de contradicción. En conclusión, quien solicite el testimonio debe cumplir con las pautas impuestas por la legislación y de no ser así, se prevé el rechazo del testimonio solicitado.

## **1.6 ¿Cuándo se decreta la prueba testimonial?**

Para finalizar el presente capítulo, una vez la parte solicitante haya previsto los requerimientos que consagra el ya mencionado, artículo 212

del CGP, el juez deberá analizar la calidad de la solicitud testimonial y decretarla de ser procedente; de igual forma, si dentro del estudio oportuno del caso, el juez avizora que las partes no solicitaron la prueba testimonial de un hecho determinante para la disputa que se procesa, éste deberá decretarla de oficio en la oportunidad precisada en la ley, siempre y cuando su nombre haya sido mencionado en algún acto procesal o probatorio anterior.

Y en cuanto a la oportunidad procesal para decretar o rechazar la solicitud de la prueba, el juez tendrá tres momentos: (i) cuando se allegue dentro de la demanda o contestación, solicitud del testimonio; (ii) dentro de la audiencia inicial al momento de decretar pruebas y fijar el litigio, pues si bien la solicitud del testimonio pueda estar sujeto a las reglas que establece el artículo 212, ciertos hechos ya pueden darse como probados y el testimonio puede tender a ser irrelevante pues no podría pretender probar algo que ya se encuentra probado o que es irrelevante probar; o (iii) de oficio judicial antes de proferir sentencia, siempre que el nombre de quien asista a declarar sea mencionado en algún acto procesal o probatorio anterior (Código General del Proceso, 2012). Dicha decisión del juez se comunica en estrados a las partes y ante ella se podrán invocar los recursos concernientes y pre establecidos en la ley procesal, insistiendo en la posibilidad de decretar dicho testimonio.

## **2. CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL**

### **2.1. La regla técnica de la contradicción sobre el testimonio que avizora parcialización o inhabilidad dentro del proceso laboral.**

Entre los años 2004 y 2005, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal asumió uno de los retos más apremiantes y arduos que se puedan comprender dentro de nuestro sistema judicial, pues llevó los inicios del cambio sobre un sistema procesal perpetuado desde 1970, bajo la égida del Código de Procedimiento Civil.

Esta vez, la propuesta del sistema procesal se encaminó a la creación de un código que estableciera la integración de múltiples trámites procesales en una misma vía procesal, proponiendo la disminución de la diversidad normativa en todas las ramas del derecho procesal e irradiando la

aplicación de los principios procesales establecidos por el nuevo constitucionalismo del siglo XXI, pretendiendo ser la base procesal de las demás especialidades que comprenden la jurisdicción ordinaria.

Así, el CGP imprime en su primer artículo el alcance de su regulación a toda actividad procesal, que en su amplia órbita de aplicación comprende jurisdicciones como la comercial, familia, civil, agraria, y de manera indirecta o subsidiaria concurre en las disposiciones especiales de los procesos contencioso administrativo, penales, laborales y de la seguridad social (Código General del Proceso, 2012).

En ese sentido, se debe poner de presente que, el régimen probatorio desarrollado en el CGP, describe con precisión y minuciosidad los medios útiles para la formación del convencimiento del juez, explicando en extenso el medio de prueba testimonial. Por ello, en aras de cumplir con el fin de armonización y coherencia entre la normas que rigen la jurisdicción ordinaria, se promueve la consulta de las disposiciones normativas contenidas en el CGP que desarrollan los pormenores de la prueba testimonial al momento de interpretar las disposiciones procesales exclusivas del proceso laboral, especialmente si se presenta un escenario de aplicación del estatuto general por la carencia de pruebas o normatividad que consagre a la prueba testimonial en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (CPT y de la SS).

Aclarado este punto, es pertinente analizar lo que la norma de procedimiento laboral ha venido desarrollando frente a la prueba testimonial, pues el CPT y de la SS en su artículo 51, admite implícitamente el testimonio como medio de prueba sin especificar su alcance y contenido, dando paso a que dicha figura sea interpretada de conformidad con los artículos 208 a 225 del CGP, mismos que serán de constante estudio en la presente investigación en lo referente a la tacha de la prueba testimonial.

Al respecto de la tacha Nisimblat (2010) nos dice lo siguiente:

La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que se evite que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en “sospechoso” (p. 330).

Aunado a lo anterior podemos agregar que la facultad que se tiene dentro del proceso para tachar un testimonio constituye lo que sería una herramienta fundamental al momento de impugnar la credibilidad de una persona, pues encontrar un motivo legal concreto para desestimar la declaración del testigo, permite equilibrar la disputa y recordar el principio de lealtad procesal que reviste a la justicia en nuestro país (Maya, 2005).

Por su parte, continuando con la definición de varios tratadistas sobre lo que es la tacha podemos invocar el concepto de Camacho (2008) quien expresa que:

La tacha puede concebirse como las circunstancias que una de las partes puede invocar con el objeto de impedir o restarle eficacia a la declaración de un testigo, decretada a instancia de su opositora o de oficio por el juez. Obra en el campo civil y los que llenan sus vacíos con ese ordenamiento procesal (p. 131).

Ahora bien, poniendo de presente que la facultad de tachar al testigo es un ejercicio aceptado en el procedimiento laboral por medio del artículo 58 del CPT y de la SS, se podría inferir que la misma guarda estrecha relación con la definida por el CGP, pues ambos complejos normativos coinciden en la potestad de entregar a las partes de un litigio la facultad de tachar al testigo que se muestra imparcial o inhábil, en virtud de la contradicción. La contradicción es una regla técnica que en palabras de López (2019) implica que

para ser estimadas por el Juez en sus decisiones de fondo, las pruebas deben, previamente, haber sido controvertidas por los sujetos que intervienen en el proceso o, al menos haber existido la posibilidad de realizar dicha contradicción; en otras palabras, que éstos puedan participar en la práctica de las mismas o discutir las cuando se dispone su aporte (pp. 45-46).

Por lo que se torna en una garantía de que el proceso nos puede acercar a la verdad, a través del respeto por el derecho a la defensa de las partes. En ese sentido, la tacha es un cuestionamiento que controvierte la parcialidad del testigo, bien por sus calidades personales, o por sus

relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción.

Así, el CPT y de la SS adoptó el concepto de inhabilidades e imparcialidad consagradas en el CGP, advirtiendo que el testimonio debe relatarse de forma clara y en cinta a la verdad, y que para ello, la persona debe estar en el pleno uso de sus facultades mentales y con disposición de sus sentidos. Respecto a la tacha por inhabilidad de un testigo el artículo 210 del CGP estipula:

**Inhabilidades para testimoniar:** Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado quienes al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupeficientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La tacha por inhabilidad deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella. El juez resolverá en la audiencia, y si encuentra probada la causal se abstendrá de recibir la declaración (Código General del Proceso, 2012, art. 210).

Del estudio de la norma es dable subrayar el cuidado con el que se limita la interpretación de la misma, pues debe tenerse en cuenta que las calidades del testigo que impiden darle importancia a su testimonio solo serán tenidas en cuenta si las mismas se presentan al momento de declarar por lo que no permite entrever que la tacha se aplica si las condiciones descritas en el artículo se presentaron al momento de presenciar los hechos, cosa que obliga una especial crítica del testimonio.

En suma, la tacha por inhabilidad permite que el juzgador estime de acuerdo a su sana crítica, si la persona llamada a rendir su versión estaba en pleno uso de sus atribuciones físicas y mentales, y de no estarlo, podrá abstenerse de escuchar la declaración justificando que la misma no le aporta nada al proceso.

Por otro lado, el CGP indica que quienes rinden testimonios deben estar protegidos de unas características especiales que permitan ejercer la práctica de la prueba en calidad de imparcialidad, sin que el tercero pueda

llegar a tener interés en el resultado del litigio. De tal manera que el legislador redactó el artículo 211 de la norma procesal, así:

Imparcialidad del testigo: Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso (Código General del Proceso, 2012, art. 211).

Siendo así, a pesar de que la institución de la tacha por inhabilidad y la tacha por incompatibilidad se derivan de la contradicción del testimonio, las mismas cuentan con fines diferentes, pues la tacha por inhabilidad está llamada a impedir la declaración del testigo, mientras que la tacha por imparcialidad no busca impedir el testimonio, sino que el mismo se analice en su momento con especial precaución (López, 2019).

## **2.2. Objeciones dentro del interrogatorio de terceros encaminadas a probar la parcialidad o inhabilidad del testigo.**

El testimonio, atendiendo al artículo 165 del CGP es el resultado de la dinámica que se despliega en la práctica de la prueba, donde se busca – según la parte – que la versión del tercero favorezca o desmerite la declaración de los hechos que expuso la contraparte.

Así entonces, la objeción consiste en principio, en que los apoderados, en representación de sus mandantes, puedan advertir que cierta pregunta formulada por la contraparte en el advenimiento del interrogatorio no puede ser válida por ser contraria a la técnica del interrogatorio.

En este sentido, la manera correcta para formular una objeción, consiste en que el objetante se limite a indicar la causal previamente establecida en la ley, para que el juez proceda a resolverla de plano mediante decisión no susceptible de recursos, disposición que refleja la eficacia de la oralidad, para evitar dilaciones injustificadas; de este modo, las partes no podrán interrumpir el normal desarrollo del interrogatorio con cualquier argumento que a bien les parezca, porque la potestad de objetar una pregunta queda limitada a formularse de acuerdo a los conceptos

señalados en el artículo 168 del CGP, siendo estos los siguientes: Impertinente: que se formula cuando la pregunta no tiene relación con los hechos del proceso Inconducente: que se formula cuando ya existe una prueba idónea para probar el hecho Superflua: cuando la pregunta no se necesita porque el hecho se aceptó o está probado Repetitiva: cuando el testigo ya ha respondido el interrogante Cuando no es clara: quiere decir que trata de confundir o dar datos en busca de lograr la confusión Cuando no es precisa: por la falta de descripción circunstancial que permita entender la pregunta. Capciosa: cuando se confunde al interlocutor para que dé una respuesta en base a si o no pero que de cualquier forma sirve a quien está preguntando Autoincriminativa: se refiere a que la pregunta se formule con la intención de que el interrogado admita un delito que le afecte a sí mismo Compuesta: cuando la pregunta lleva varias preguntas Sugestiva: cuando se insinúa la respuesta La pregunta técnica: cuando al testigo se le pregunta por un concepto que no domina por no ser de su oficio o profesión (Osorio, 2016).

Lo anteriormente descrito, da a la idea de que durante la práctica del interrogatorio, las preguntas y respuestas que se susciten durante los turnos para interrogar, solo podrán objetarse por la parte contraria si las mismas recaen en una o varias de las causales anteriormente descritas, pero de aceptar esta idea, se estaría eliminando el momento procesal adecuado en el que los apoderados puedan evidenciar la sospecha del testigo y proponer la tacha por imparcialidad o inhabilidad.

Es por ello que, en este particular evento, las objeciones también pueden usarse como herramienta para advertir al juzgador sobre la sospecha de falta de idoneidad del testigo, toda vez que la objeción procede si se avizora una falta en la técnica del interrogatorio, y en este caso, esa falta recae específicamente en la idoneidad del testigo.

### **3. CONTRADICCIONES PRÁCTICAS DEL ARTÍCULO 58 DEL CPT Y DE LA SS CON LOS ARTÍCULOS 210 Y 211 DEL CGP.**

Una vez comprendidos y enunciados los fundamentos de la tacha y las causales por las que se puede declarar, debemos valorar el momento adecuado en que ésta se deba promover por cualquiera de las partes.

En primer lugar, para la tacha por inhabilidad, el momento procesal oportuno que ha consagrado el artículo 210 del CGP se presenta en dos eventos: (i) por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio y (ii) oralmente dentro de ella, en ambos casos, el juez tendrá la obligación de resolver la solicitud en la audiencia (Código General del Proceso, 2012). Por otro lado, en cuanto al momento procesal oportuno para alegar la tacha por imparcialidad, el artículo 211 del CGP nada dice sobre el tema, pues solo se circunscribe a reglar que “la tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda” (Código General del Proceso, 2012, art. 211).

Cabe recordar que el artículo 218 del CPC implementaba un procedimiento general para la interposición y solución de las tachas, pero la normativa fue derogada con la norma procesal vigente, lo que traería el dilema de interpretar si el momento procesal adecuado para formular la tacha por imparcialidad sería por analogía la misma que la tacha por inhabilidad, o si por el contrario daría a entender que la ley establece reglas procesales diferentes sobre la oportunidad y trámite de la misma.

Sin embargo, es claro que la intención del legislador permite formular la tacha del testigo en el transcurso de la práctica testimonial, pues la naturaleza de la tacha deja entrever que independientemente del momento probatorio en el que se observe la imparcialidad, el resultado siempre será poner en menor consideración el relato del testigo; *contrario sensu* a lo que sucede en la tacha por inhabilidad, puesto que aquí el fin de la misma es evitar que su testimonio entre en el acervo probatorio, y por ello es necesario adoptar una primer opción de formular la tacha antes de audiencia.

Tal solución fue tomada en consideración por el Tribunal Administrativo de Boyacá que en el marco del CPC advierte que el testigo sospechoso puede ser tachado en situaciones que afecten su credibilidad o imparcialidad, y que en caso de atribuírsele un interés que parcialice su declaración solo tendrá un momento procesal para interponerlo:

La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en "sospechoso"... La tacha se formulará en la audiencia respectiva y se

resolverá en sentencia, a menos que se trate de una inhabilidad, caso en el cual se deberá resolver inmediatamente (Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión número seis, Radicado: 15238333300120130017402, 2010) (Subrayado fuera del texto).

Por lo anterior, para el CGP tanto la tacha por inhabilidad como la tacha por imparcialidad, tienen la oportunidad procesal de ser presentadas en el curso de la declaración testimonial, sea al iniciar, a lo largo o al finalizar la misma, donde además solo basta con exponer las razones en que se funda sin necesidad de adjuntar pruebas y mucho menos de solicitar su práctica, siendo suficiente para que el juez pueda obtener la debida reflexión que permita resolver que parte del litigio resultará vencedora.

Una vez aclarado lo que se consagra en el CGP sobre el momento adecuado para formular la tacha testimonial, es propicio referirse a lo que el CPT y de la SS ha advertido sobre ello, así, el artículo 58 de dicho estatuto menciona que:

El perito único podrá ser tachado por las mismas causales que los jueces. Las tachas del perito y las de los testigos se propondrán antes de que aquél presente su dictamen o sea rendida la respectiva declaración; se acompañará la prueba sumaria del hecho en que se funde y se resolverá de plano, si la tacha fuere contra el perito, o en la sentencia definitiva si fuere contra los testigos (Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 1948, art. 18) (Subrayado fuera de texto original).

Teniendo en cuenta la norma referenciada, es necesario poner en contexto que el código de lo procesal laboral fue reformado en la vigencia de CPC, recibiendo por parte de este último una gran influencia en el régimen probatorio, así el CPT y de la SS siguió respaldándose en lo que estimaba el artículo 218 del CPC, donde se exige que la tacha se formule por medio del escrito antes de que se realice la audiencia de recepción del testimonio y que se presenten o soliciten las pruebas con las que se pretende demostrar la ocurrencia de los hechos en los que se funda la sospecha, las cuales se practicarán allí mismo y solo se prescindirá de ellas si el testigo acepta los hechos (Código de Procedimiento Civil, 1970).

Así las cosas, el CPT y de la SS crea un complejo trámite que dificulta la formulación de la tacha testimonial, pues solicita que la misma se instaure

antes de escuchar la declaración de terceros, sustentándose en una prueba que talvez hasta el momento no existe.

En concordancia con ello, no sobra recalcar que la primera característica, el exigirse por un medio escrito, es contraria al método comunicativo que por regla general quiso adoptar el CPT y de la SS, la oralidad, principio que permea la evolución procesal de nuestro ordenamiento y que debe ser tenido en cuenta hasta en los más mínimos actos procesales. Su importancia es de gran relevancia para el proceso, o así lo vislumbra Canosa (2013):

Los pueblos aspiran encontrar estructuras orales que se constituyan en un verdadero escenario de diálogo, en una institución de solidaridad y de bienestar, que además de garantizar los derechos sustanciales, destierre los obstáculos propios de la escritura, que eran excesivos, dilatadores e irrazonables (p. 33).

Ahora bien, haciendo distinción del momento oportuno para realizar la tacha testimonial que consagra el CGP y el CPT y de la SS, se desprende el siguiente interrogante, ¿qué sucede entonces cuando la inhabilidad o imparcialidad no se avizora sino hasta el momento en que el testigo empiece a declarar?

Ello es posible porque en la práctica testimonial, el tercero declarante está en la obligación de formular una narración de todo lo que le conste y tenga relevancia para el proceso, y dependiendo de la naturaleza del mismo tendrá trascendencia procesal; siendo por tanto concerniente la declaración acerca de las relaciones afectivas o comerciales con las partes y la fluidez y claridad con la que se narre el testimonio. Frente a ello, Hernández (2013) enuncia que:

En ciertas ocasiones las causales de inhabilidad temporal o permanente podrían no presentar signos visibles, como sería el caso de algunas afectaciones psicológicas, la sugestión hipnótica o incluso en algunas ocasiones el estar bajo los efectos del alcohol o ciertos estupefacientes, evidenciándose las mismas, solo tras dar inicio a la práctica del testimonio (p. 252).

Así, formular la tacha testimonial antes de la audiencia, es a todas luces

contrario al derecho de defensa, al principio de perentoriedad y a la ya mencionada regla de la contradicción, toda vez que el fin de la prueba es lograr que el tercero declarante relate una versión libre y espontánea que intente producir efectos probatorios, pero no sin antes someterse a exhaustivos interrogatorios encaminados a demostrar que al testigo no le constan los hechos, o los altera por un interés particular o simplemente no está en condiciones de narrarlos, características que al ser inmediatas a la declaración de la prueba, no pueden ser advertidos en un momento previo a esta etapa.

Sin embargo, esta no es la única contrariedad que se evidencia en lo legislado por el artículo 58 del CPT y de la SS, pues además se impone el deber de probar al menos sumariamente, que el testigo es imparcial o está inhabilitado; exigencia que resulta contraria al principio de preclusión o eventualidad de la prueba porque la tacha debe ser oportuna, es decir, debe presentarse en el momento conveniente, producido en los tiempos adecuados, para que la misma sea efectiva.

Lo anterior indica que la tacha no puede ser probada, ni al menos sumariamente por la parte que la acusa, ya que, antes de la audiencia de trámite y juzgamiento en primera instancia (Art. 80 CPT y SS), la contraparte solo conoce los datos generales del testigo, su nombre, dirección y los hechos sobre los que va a declarar, sin conocer característica o cualidad adicional que permita entrever imparcialidad y mucho menos inhabilidad, cuestión última que por remisión análoga del CGP, solo es válida si se sobreviene al momento de la declaración.

Aunado a ello, es importante recalcar que en el hipotético caso en que para el CPT y de la SS se le permitiera a las partes tachar al testigo durante el interrogatorio, la única prueba que podría usar el apoderado que instauró la tacha sería la misma declaración que el testigo se encuentra surtiendo. Con ello en mente, no está demás resaltar que el interrogatorio testimonial comienza en el momento en que el togado le pregunta sus generales de ley al tercero declarante, de acuerdo al artículo 221 del CGP (Código General del Proceso, 2012).

Por ende, resulta inadecuada la redacción que presenta el artículo 58 del CPT y de la SS que además de concertar la tacha pericial y la tacha testimonial sin discriminar entre tan diferentes figuras, procede a delimitar un momento procesal que no es acorde con la filosofía de la

tacha testimonial. Como consecuencia de ello, se evidencia una contrariedad entre lo que ha estipulado el CGP con lo que pregona el CPT y de la SS respecto al momento procesal para objetar la tacha testimonial, y que, siendo una apreciación obvia de la norma laboral, se entiende que la misma no está en armonía y coordinación con el estatuto general del proceso, encargado de llevar una investigación más profunda de los actos procesales y probatorios en cada etapa procesal.

Bajo las anteriores premisas, podemos determinar que dentro de la audiencia laboral, ninguno de los sujetos que intervienen en el proceso se ven facultados a darle rienda suelta a la práctica de la tacha testimonial, pues el acto de tachar un testimonio extemporáneamente, es un acto procesal ineficaz, que deja a la parte interesada en una situación de desigualdad procesal y la priva de su derecho de defensa, aún más si se tiene en cuenta, que si una declaración ya fue hecha el juez no puede excluirla del debate probatorio, haciendo más notorio la falta a los derechos de contradicción y defensa que cada parte tiene frente a la otra, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución.

## **CONCLUSIONES**

La norma procesal, en su inherente dinamismo, tiene la potestad de estar en constante cambio siempre que esté encaminado en la búsqueda de una verdad material o real, que no se construye, sino que se confirma, al punto de establecerse como un deber del juez y un propósito del proceso.

Por ello, en el desarrollo del campo probatorio, la prueba testimonial siempre ha sido comprendida como la prueba reina, ameritando que la misma, por su innegable trascendencia pueda ser debidamente controvertida en el momento procesal que la filosofía del derecho lo considere oportuna.

Así, el legislador en su innegable sabiduría optó por crear la figura de la tacha testimonial como una herramienta de vital importancia para evitar o disminuir con razones válidas, la veracidad de la declaración de un testigo. Estipulando, además, que el tercero declarante podrá ser tachado si se encontrase inhabilitado por una condición especial o si no cumple con el deber de rendir un testimonio imparcial.

Tales condiciones deben ser oportunamente alegadas para que las mismas

puedan ser valoradas por el juez en cada caso concreto, cuestión que fue de amplio estudio dentro de la presente investigación y que llevó a denotar una contradicción en el desarrollo de esta figura dentro del proceso general y el proceso laboral.

En ese sentido, existe una marcada contradicción si comparamos estas dos legislaciones. Empezando por que el CPT y SS consagró que la tacha testimonial -sin diferenciar entre imparcialidad e inhabilidad - deberá ser objetada por escrito antes de la audiencia en la que se efectúe la recepción del testimonio y sustentarse en prueba sumaria, dando en paralelo con el CGP, que diversificó los momentos procesales según las causas por las cuales podemos promover la tacha, garantizando la correcta diligencia del testimonio y su contradicción.

Lo anteriormente dicho avizora que la disposición que se viene aplicando en el proceso laboral referente a la tacha testimonial, falta a los principios de igualdad procesal, preclusión, debido proceso y a la regla técnica de la contradicción.

En suma, la norma procesal laboral no fue de la mano con el alcance y profundidad que expone la filosofía del CGP, que más bien siguió adoptando figuras del antiguo CPC, abriendo una puerta para confundir la aplicación de la figura procesal en referencia, al estipular que la tacha se aplicaría indistintamente de si se habla de la tacha testimonial o la tacha pericial, grosso error que no puede ser redimido con la simple remisión al CGP.

## REFERENCIAS

- Camacho, A. (2008). *Manual de derecho procesal, tercera edición*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Cañón, P. (2009). *Práctica de la prueba judicial*. Bogotá, Colombia: Ecoe.
- Castillo, M. y Diaz, G. (2011), *Estudio sobre efectividad de los medios probatorios regulados en el código procesal civil y mercantil en el derecho sustantivo mercantil*, Tesis de pregrado, Recuperado de [https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/1892/1/ESTUDIO\\_SOBRE\\_EFECTIVIDA](https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/1892/1/ESTUDIO_SOBRE_EFECTIVIDA)

D\_DE\_LOS\_MEDIOS\_PROBATORIOS\_REGULADOS\_EN\_EL\_C%C3%93DIGO\_PROCESAL\_CIVIL\_Y\_MERCA.pdf

- Colmenares Jiménez, J. A. (2004). El manejo de la prueba en el procedimiento contencioso administrativo venezolano. *Revista de Derecho*, (21). <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2948>
- Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)
- Congreso de Colombia. (21 de septiembre de 1970). Código de Procedimiento Civil. [Decreto 1400 de 1970]. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_procedimiento\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html)
- Congreso de Colombia. (24 de junio de 1948). Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. [Decreto-ley 2158 de 1948]. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_procedimiento\\_laboral.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_laboral.html)
- Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo. (15 de marzo de 2013) Radicado 15001-23-31-000-2010-00933-02(19227). [CP. Juan Felipe Ortiz Quijano]
- Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo. (23 de febrero de 2011) Sentencia 17001-23-31-000-2003-01412-02(0734-10). [CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de abril de 2012). C-301. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Echandía, D. (1970). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/tablas/13421\\_ti.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/13421_ti.pdf)
- Gorphe, F, (2014). *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá, Colombia: Temis
- López, H, (2008). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II*.

- Pruebas*. Bogotá, Colombia: Dupre Editores.
- López, H. F. (2019). *Código general del proceso pruebas*. Bogotá, Colombia: Dupre Editores Ltda.
- Maya, J. (2005). *Concepto No. 4099*, Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación.
- Nisimblat, N. (2010). *Los medios de prueba en particular*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia
- Ortells, M. (2020). *Derecho procesal civil*. España: Aranzandi.
- Osorio, L. J. (2016). *Manual de derecho procesal civil (parte general)*. Bogotá, Colombia: Leyer Editores.
- Páez, A. (2014). La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía; Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (40). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7134611>
- Parra, J. (1986). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del profesional.
- Peláez, R. (2009). *Estructura del proceso civil en el contexto de la oralidad*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- Rodríguez, G. (1997). *Derecho probatorio séptima edición*. Bogotá, Colombia: Ediciones ciencia y derecho
- Sentis, S. (1958). *Teoría y práctica del proceso: ensayos de derecho procesal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América
- Tirado, J. (2013). *Curso de Pruebas Judiciales Parte Especial*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley
- Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión número seis, (16 de agosto de 2010), Radicado 15238333300120130017402. [MP. Feliz Alberto Rodríguez Riveros]

# FECUNDACIÓN IN VITRO Y DERECHO A LA IGUALDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA

Daniela Alexandra Narváez Jiménez<sup>16</sup>

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2022

Referencia: Narváez, D. (2022). Fecundación in vitro y derecho a la igualdad en parejas del mismo sexo en Colombia. *Revista Científica Codex*, 8(14), XX-XX.

## RESUMEN

El presente artículo propende estudiar los diversos recursos jurídicos que regulan el procedimiento de fecundación in vitro, como tratamiento contra la infertilidad en Colombia, y su impacto frente parejas del mismo sexo. Para ello será menester tener en cuenta que las técnicas de reproducción asistida (TRA) han sido motivo de debate y controversia en Colombia, en razón a las diversas concepciones de tipo jurídico, cultural, ético y religioso, presentes en el entorno social. No obstante, dada la considerable afluencia al hacer uso de estos métodos científicos en la actualidad, ha sido indispensable proferir regulación normativa y jurisprudencial que fijen lineamientos concretos sobre su implementación, en el ámbito público. Si bien estos lineamientos han procurado regular, en la medida de las posibilidades, los presuntos eventos en los cuales se solicite, vía EPS, algún TRA,

---

<sup>16</sup> Abogada Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Becaria en la Especialización de Derechos Humanos de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: [danielanejn@gmail.com](mailto:danielanejn@gmail.com). Número de contacto: 3208316399. Dirección: Mz B casa 17, villa recreo II etapa. Pasto (N). Colombia.

tratamientos como la fecundación in vitro, aún tienen dificultades al prevalecer vacíos normativos que impiden garantizar a plenitud los derechos de parejas del mismo sexo.

**Palabras clave:** Fecundación in vitro, parejas homosexuales, política pública, derechos reproductivos, plan de beneficios en salud.

## ABSTRACT

This article aims to study the various legal resources that regulate the in vitro fertilization procedure as a treatment for infertility in Colombia, and its impact on same-sex couples. For this purpose, it will be necessary to take into account that assisted reproductive techniques (ART) have been a source of debate and controversy in Colombia, due to the different legal, cultural, ethical and religious conceptions present in the social environment. However, given the considerable influx in the use of these scientific methods at present, it has been essential to issue normative and jurisprudential regulations that set concrete guidelines on their implementation in the public sphere. Although these guidelines have tried to regulate, as far as possible, the alleged events in which, via EPS, any of the treatments included in ART (specifically in vitro fertilization treatment) are requested, the truth is that there are still regulatory gaps that prevent the full guarantee of the rights of same-sex couples.

**Keywords:** In Vitro Fertilization, Same-Sex Couples, Public Politics, Reproductive Rights, Health Benefits Plan.

## INTRODUCCIÓN

Entendiendo que la fecundación in vitro corresponde al tratamiento a través del cual los ovocitos son fecundados por espermatozoides fuera del cuerpo de la mujer, es importante tener en cuenta que en Colombia, desde el año 2019, la infertilidad se ha catalogado oficialmente como una enfermedad; por ello, el presente procedimiento y la normatividad vigente, han procurado regular únicamente los posibles escenarios en los cuales las parejas solicitantes presenten esta patología y requieran vía Entidades

Promotoras de Salud [EPS], autorización para su tratamiento, cumpliendo una serie de parámetros previamente estipulados. Sin embargo, abordar esta situación bajo dicha perspectiva, deja de lado a las parejas que, si bien no sufren de infertilidad, por su decisión libre y voluntaria de conformar una familia homoparental, no pueden concebir hijos por sí mismos y requieren tratamientos como la fecundación in vitro, autorizada desde EPS y con cargo a recursos públicos. Ello, dejando claro que el tratamiento en mención, per se, es bastante costoso, motivo por el cual no todas las parejas pueden acceder a él de manera privada y, por tanto, requieren apoyo del Estado.

Al analizar las diversas herramientas existentes a nivel nacional, respecto a la fecundación in vitro, se encuentra que en materia jurisprudencial, la Corte Constitucional ha realizado un amplio estudio sobre su procedencia vía EPS; no obstante, las decisiones que se han tomado han sido esencialmente disímiles, motivo por el cual no fue sino hasta el año 2020, a través de la sentencia SU 074 emanada por el alto tribunal constitucional, que logró unificarse la jurisprudencia, marcando el paradigma actual respecto los procedimientos de reproducción asistida, que desarrolló la accesibilidad pública en este tratamiento, bajo los presupuestos estipulados en la parte dogmática. Pese lo anterior, el escenario de parejas homoparentales que solicitan y requieren este tratamiento, aún no ha sido estudiado por la Corte Constitucional.

De igual manera, se encuentra que el ordenamiento interamericano cuenta con argumentos de relevante trascendencia para el presente estudio, toda vez que se ha encargado de revisar casos en donde se ha puesto en discusión el reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo, de un lado, y respecto la regulación atinente al tratamiento de fecundación in vitro, por otro. Por ello se desarrollarán las premisas expuestas en la sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

Así las cosas, se presentará el panorama legislativo, jurisprudencial e interamericano que regula la fecundación in vitro, con el propósito de determinar si en la actualidad existe discriminación, desde una

perspectiva de género, respecto de parejas homoparentales. Para lograr este propósito, se ha decidido acudir al método cualitativo de investigación, poniendo de presente acontecimientos de la actualidad, en contraste con la revisión teórica recolectada de la información bibliográfica, legal y jurisprudencial, que brindan el conocimiento para llegar a establecer conceptos claros sobre el tema en discusión y lograr, de esta manera, una conclusión fundamentada y plausible. Igualmente, se ha decidido esbozar cada eje temático en capítulos muy concretos, con la finalidad de mantener al lector contextualizado y dentro de un hilo conductor, que permita comprender con mayor facilidad la conclusión alcanzada.

Por todo lo anterior, la presente investigación tiene como finalidad determinar si se ejerce y respeta el derecho a la igualdad en casos de parejas del mismo sexo, respecto a la asequibilidad a la técnica de fecundación in vitro en Colombia con cargo a recursos públicos.

## **1. FECUNDACIÓN IN VITRO COMO TRATAMIENTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

En la presente sección se abordará el marco conceptual, científico y biomédico del tratamiento denominado fecundación in vitro, realizando un recorrido histórico de las primeras investigaciones que permitieron dar paso al método actual de reproducción asistida; como también abordando las más recurrentes definiciones y categorías existentes, de conformidad al tipo de pareja y sus requerimientos puntuales. Será importante destacar, en esta sección del artículo, la existencia de requisitos previos al sometimiento de este tratamiento y las posibles complicaciones que pueden derivar del mismo, toda vez que se trata de un procedimiento de alta complejidad.

La fecundación in vitro se ha constituido en un procedimiento de especial trascendencia, pues ha propendido por tratar la esterilidad en las mujeres, al tomar el óvulo directamente del ovario y fecundarlo de manera artificial en laboratorio (Maestre y Mazeneth, 2016). En el siglo XX puede ubicarse, quizá, el primer estudio sobre fecundación in vitro, publicado como “Conception in Waterglass”, en el *New Medical Journal of Medicine* en 1937, sin autor conocido. Luego de ello, para el año de 1963, el biólogo Robert Edwards realiza las primeras investigaciones en los

campos de embriología y fisiología, las cuales serían la base fundamental para lograr el primer nacimiento de un ser humano, en el año de 1978 (Martos et al., 2016).

De conformidad con J. S. Díaz (2017), la aplicación de las técnicas de reproducción asistida no se constituye en un procedimiento reciente, dado que existen constancias de la práctica de técnicas como inseminación artificial o fecundación in vitro, desde siglos atrás, en plantas y animales; verbigracia, el caso del italiano Lazzaro Spallanzani en 1784, quien realizó la primera inseminación artificial en una canina, logrando así el nacimiento de tres cachorros completamente sanos. Asimismo, la maestrante reitera el estudio realizado por el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe en el siglo XX, logrando el nacimiento de la primera bebé probeta y, adicionalmente, comenta el caso particular del cirujano escocés John Hunter, quien inyectó una jeringa caliente, con el semen de un comerciante, a la vagina de su esposa, logrando así la primera inseminación artificial de una persona en la historia.

A nivel nacional, puede afirmarse que Colombia, fue el primer país suramericano en estudiar e implementar las técnicas de reproducción asistida en humanos. El fundamento de esta afirmación reside en el famoso niño probeta nacido en 1986, que se constituyó en el primer nacimiento, en todo Suramérica, de un menor bajo esta modalidad. En el mismo sentido, el doctor Elkin Emilio Lucena Quevedo (como se citó en A. B. Díaz, 2014) ha manifestado que, en Colombia, aproximadamente 800 niños han nacido gracias a la técnica de reproducción asistida: fecundación in vitro, motivo por el cual es factible afirmar que existe efectividad en estas nuevas alternativas médico – científicas y que Colombia se encuentra a la vanguardia en este tipo de procedimientos.

Respecto el método de reproducción asistida conocido en la actualidad, Maestre y Mazoneth (2016) afirman que la fecundación in vitro, surgió como un mecanismo para dar tratamiento a la esterilidad ocasionada por la obstrucción en las trompas de Falopio, que impedía la fecundación entre espermatozoide y óvulo. La alternativa a esta problemática inicial fue eludir el conducto obstruido y tomar directamente el óvulo del ovario, para realizar la fecundación en un laboratorio y lograr así dar a luz a hijos o hijas, por parte de mujeres con obliteración tubárica.

Sin embargo, este tratamiento no ha sostenido su finalidad inicial en la actualidad, toda vez que su perfeccionamiento ha sido progresivo, en aras de suplir las diversas deficiencias biológicas actuales de las parejas que desean procrear pero que, por alguna circunstancia en concreto, no pueden hacerlo. Actualmente se puede afirmar existen diversas formas de emplear el método de fecundación in vitro, dependiendo de los factores que caractericen a cada pareja; es por ello que, de conformidad con María Camila Vaca (2018), la fecundación in vitro puede darse con óvulos de la pareja, con óvulos del donante, con espermatozoides de la pareja y con espermatozoides del donante.

Ahora bien, será menester recordar que la fecundación in vitro es un procedimiento técnico que no garantiza ningún tipo de resultado, en tanto su complejidad puede ocasionar algún tipo de imprevisto que impida cumplir el objetivo inicial. Así, Bonilla y Manosalva (2019) afirman que se trata de un proceso complicado y altamente costoso, dado que se torna necesario fecundar varios óvulos e implantar bastantes embriones, sin exceder la cantidad necesaria (dos, tres o cuatro, dado que menos de tres disminuye la posibilidad de embarazo, pero cuatro genera el posible riesgo de contraer embarazos múltiples). Por tanto, durante este proceso, existe la posibilidad de sufrir abortos, partos prematuros, perder embriones y, lo ya referido, contraer embarazos múltiples.

Para el ginecólogo-obstetra Kushner-Dávalos (2010), el proceso de fecundación in vitro consiste en estimular de manera exógena los ovarios, mediante gonadotrofinas humanas o sintéticas (recombinantes); extraer los óvulos de los ovarios, a través de un procedimiento quirúrgico mínimamente invasivo, conocido también como aspiración folicular ecoguiada; fertilizar in vitro en un laboratorio de embriología, una vez se haya seleccionado y clasificado previamente la calidad ovocitaria y la capacitación espermática; realizar el cultivo embrionario sistemático y, finalmente, realizar la transferencia de los embriones a la cavidad uterina, que se encuentra a la espera de una implantación satisfactoria.

De la misma manera, Kushner-Dávalos (2010) manifiesta que son indispensables y concluyentes los exámenes pre implantatorios, dado que en éstos se podrán observar las condiciones anatómicas de la pareja, de las cuales derivará el tipo de procedimiento a elegir. Algunos de los exámenes complementarios a realizar son: “estudios del semen, evaluación del tracto reproductivo femenino mediante histerosalpingografía, histerosonografía, ecografía transvaginal y pruebas

para determinar reserva ovárica como por ejemplo: FSH, estradiol, hormona antimulleriana, inhibina B, entre otras” (Kushner-Dávalos, 2010, p. 78).

Bajo las anteriores consideraciones, para A. B. Díaz (2014), este procedimiento debe contemplarse teniendo en cuenta más implicaciones de las mencionadas, toda vez que, además de agotar profusas etapas, procura solucionar, en la medida de las posibilidades, los problemas de infertilidad presentes en la mujer, permitiéndole engendrar en el vientre materno la fusión de las células masculinas y femeninas, realizada en un ambiente extracorpóreo. Al respecto, resulta oportuno citar lo que expone J. S. Díaz (2017):

Independientemente del momento histórico al que se le atribuya la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), es innegable que su génesis se presentó como solución a las distintas causas de infertilidad tanto femeninas como masculinas, y que posteriormente en observancia al desarrollo científico se les concedió fines más allá de los terapéuticos (p. 17). (Subrayado fuera del texto).

Sin embargo, es claro que todos estos avances científicos se han consagrado dentro de un panorama jurídico escaso y ortodoxo, que aún no cuenta con las herramientas suficientes para adaptarse a los actuales requerimientos de la sociedad. Por ello, será necesario abordar el estado jurídico de esta figura, dentro del ordenamiento colombiano, pues así se logrará determinar que garantías existen y que vacíos aún quedan por trabajar.

## **2. LOS TRATAMIENTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA FECUNDACIÓN IN VITRO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

Aunque el contexto normativo respecto a tratamientos de reproducción asistida en Colombia no es amplio, en los últimos años se han proferido algunas normas fundamentales y jurisprudencia relevante que se han encargado de regular, en gran parte, los posibles escenarios en los cuales las parejas requieran acceder a estos servicios, con recargo al Estado.

Al respecto, el Gobierno Nacional en el año 2011 expidió la Ley 1438, la cual realizó una reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En ella, se establecieron nuevos parámetros que servirán de

apoyo para delimitar el marco financiero de la prestación de servicio. De esta manera, el artículo 25 reza: “el Plan de Beneficios en Salud (PBS) se actualizará integralmente, cada dos años, atendiendo cambios de perfil epidemiológico; disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios, no incluidos en el plan; entre otros” (Ley 1438, 2011); por su parte el artículo 33 contendrá una presunción de capacidad de ingresos y pago, obligando a los usuarios a pertenecer al régimen contributivo, cuando cumplan determinadas condiciones a saber:

33.1 las personas naturales declarantes del impuesto de renta y complementarios, impuesto a las ventas e impuesto de industria y comercio.

33.2 Quienes tengan certificados de ingresos y retenciones que reflejen el ingreso establecido para pertenecer al Régimen Contributivo.

33.3 Quienes cumplan con otros indicadores que establezca e/ Gobierno Nacional (Ley 1438 de 2011).

La importancia de estas estipulaciones reside en los argumentos que la Corte Constitucional expondrá, al revisar el proyecto de ley que actualmente regula la “Política Pública de Infertilidad y su Tratamiento dentro de los parámetros de Salud Reproductiva” (Ley 1953 de 2019), toda vez que las principales objeciones gubernamentales presentadas por el Presidente de la República y su gabinete, se fundamentaron en el principio de sostenibilidad fiscal y en la vulneración al principio de eficiencia, en tanto ya existía una política pública de prevención de la infertilidad.

Si bien, para A. B. Díaz (2014) es clara la existencia de un vacío normativo en la legislación colombiana, pues no se ha considerado la existencia de un sector poblacional vulnerable, que únicamente cuenta con la alternativa de demandar los servicios de salud pública, para acceder al tratamiento de fecundación in vitro, tal y como se garantiza respecto otro tipo de enfermedades; lo cierto es que para el año 2021, ya existe una política pública que propende por el acceso a tratamientos de infertilidad, con recargo en el erario nacional a través de la Ley 1953 de 2019.

La norma vigente en Colombia, respecto tratamientos de infertilidad, corresponde a la Ley 1953 de 2019. Aunque la misma fue motivo de gran controversia (previamente dos proyectos de ley fueron

archivados en segundo debate), finalmente logró ser proferida y puesta en funcionamiento, en aras de garantizar procedimientos que, con anterioridad no podían siquiera pensarse incluidos en el Plan Básico de Salud. Si bien la ley entró en vigencia con normalidad, para el año 2020 se presentaron una serie de tutelas, resueltas por la sentencia SU 074, en donde se evidenciaba el incumplimiento a la misma, con fundamento en una línea jurisprudencial, que no presentaba criterios unificados y que propendía por la salvaguarda del principio de sostenibilidad fiscal, en lugar de la prevalencia por el derecho a la familia, libertad sexual y reproductiva y derecho a la igualdad.

Respecto la Ley 1953 de 2019, es importante afirmar que “incluye a través del Ministerio de Salud y Protección Social, una política pública para la prevención y tratamiento de la infertilidad con la implementación de las técnicas de reproducción asistida en parejas y personas infértiles” (Alzate y Salazar, 2019, p. 41). Lo anterior implicó una modificación considerable, respecto los parámetros normativos que regulaban el acceso a dichos tratamientos, pues

En efecto, esta norma prevé los lineamientos para el desarrollo de una política pública de prevención y tratamiento de la infertilidad. Además, dispone que el Ministerio de Salud debe reglamentar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRA), de acuerdo con las pautas que el Legislador ha definido para que se garanticen estos procedimientos con recursos públicos (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20, 2020).

Es importante tener en cuenta que, en el Congreso de la República, cursaron varios proyectos de ley encaminados a reconocer la infertilidad como una enfermedad, situación que finalmente se logró con esta norma, pues se había tornado evidente “su relevancia social y la existencia de un déficit de regulación, el cual había sido advertido por la Corte Constitucional previamente” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20, 2020).

A nivel jurisprudencial, se ha realizado una revisión exhaustiva de las sentencias más representativas, respecto a la fecundación in vitro, en las cuales se analiza si la Corte Constitucional reconoce en la misma proporción, los derechos de las parejas heterosexuales como homoparentales. De conformidad con Londoño (2012), la emancipación

de los derechos y garantías de las parejas homoparentales en Colombia, se ha logrado vía jurisprudencial y no legal, dado que “el papel sustancial que ha jugado la jurisprudencia constitucional es incuestionable y ha sido el motor del activismo actual en pro de los derechos de los movimientos LGBT” (p. 62).

En materia de procedimientos de fertilización in vitro, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han proferido múltiples sentencias, en las cuales las posturas jurisprudenciales han sido diversas; por ello, a través de la sentencia SU 074 de 2020, la Corte se vio en la obligación de unificar criterios. Dentro de las sentencias más representativas, se encuentran: T-946 de 2002, T-752 de 2007, T-424 de 2009, T-226 de 2010, T-550 de 2010, T-644 de 2010, T-398 de 2016, T-126 de 2017 y T-316 de 2018. Todas ellas han abordado el tema de reclamación del tratamiento de fecundación in vitro con cargo a recursos públicos; sin embargo, la Corte Constitucional ha expuesto diferentes argumentos al respecto, motivo por el cual fue necesario en 2020 asumir una sola postura.

En líneas generales, la Corte Constitucional comenzó su línea argumentativa en 2002, afirmando que el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con sus asociados no encuentra justificación razonable cuando éste se dirige a posibilitarle mediante una acción positiva, verbigracia una intervención médico quirúrgica, el derecho a la maternidad de una mujer cuya función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al ente estatal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-946/02, 2002).

Para 2007, el alto tribunal manifestó que el derecho a procrear no puede llegar hasta el punto que se pueda forzar u obligar a las autoridades estatales a garantizar la maternidad biológica de alguien cuando sus condiciones genéticas o humanas no le permiten su goce. Consecuente con ello, cuando se trata de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud [POS] constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía

a todos los habitantes del territorio nacional (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-752/07, 2007).

Esta misma postura mantiene la Corte en 2009, recordando que, en principio, la exclusión de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud no vulnera los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran imposibilitadas para procrear, toda vez que los recursos del sistema de seguridad social en salud son escasos y deben dirigirse a lo estrictamente necesario para mantener la salud de los afiliados (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-424/09, 2009).

Sin embargo, a partir de 2010, con la sentencia T 226, este paradigma cambia pues la Corte considera que, por regla general, los tratamientos de fertilidad no proceden vía tutela por cuanto se encuentran excluidos del POS, sin embargo, en algunos casos se ha señalado la posibilidad de conceder el amparo, por cuanto las circunstancias específicas del caso vinculan directamente la violación de derechos fundamentales. Dichos eventos son: (1) cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado); (2) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad). La (3) tercera circunstancia en la que se inaplica la regla general de improcedencia de tratamientos de fertilidad mediante acción de tutela, es cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-226/10, 2010). Esta postura se mantiene en sentencias como: T-550 de 2010; T-655 de 2010 y T-398 de 2016.

No obstante lo anterior, la línea de la Corte cambia por completo en el año 2017, cuando el Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, en la sentencia T-126, afirma que el estudio sobre la procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el POS, específicamente aquellos dirigidos a tratar los problemas de fertilidad, adquiere una connotación diferente a la que se ha dado respecto de cualquier otro tratamiento o procedimiento, porque el mismo involucra facetas diferentes a la del derecho a la salud en

su concepción de mera ausencia de dolencias o enfermedades. En efecto, el análisis debe partir de la premisa de la posible afectación de otros derechos como la libertad, la vida privada y familiar, la salud reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, entre otros, así como del impacto desproporcionado que puede generar la prohibición de tales tratamientos sobre las personas que no cuentan con los recursos económicos para asumir su costo y que desean procrear de manera biológica (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-126/17, 2017).

Por último, para el año 2018 la Corte afirma que, además de mantener los criterios jurisprudenciales esbozados, es importante resaltar que las nuevas técnicas artificiales de concepción y la posibilidad de crear embriones por fuera del cuerpo humano plantean una serie de cuestiones legales, éticas y sociales que indudablemente requieren un escenario de discusión ampliamente democrático en cabeza del legislador y limitan la actividad discrecional del juez constitucional en virtud del principio de separación de poderes. No es dable pues, que en ejercicio del control concreto por vía de acción de tutela el juez expida órdenes que directa o indirectamente tengan efectos de carácter general, o constituyan un precedente de aplicación sistemática para casos con similitud fáctica, orientando por vía judicial la actividad de la administración pública y afectando aspectos de tan alta trascendencia como el valor de la vida en un Estado Social de Derecho (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-316/18, 2018).

Hasta este momento se observa el manejo que la Corte Constitucional le había dado al tema en discusión; sin embargo, a partir de 2018 la Corporación se encarga de estudiar a fondo lo atinente a fecundación in vitro, unificando los diversos criterios existentes y fijando el paradigma actual, a través de dos sentencias esquemáticas que se desarrollaran a continuación. Es importante resaltar que, si bien estas sentencias han aportado valiosos avances en materia de tratamientos médicos de reproducción asistida, no han logrado contemplar los escenarios que desbordan el criterio unificado de infertilidad, como máximo argumento para conceder dicho procedimiento; tales como el libre desarrollo de los derechos a la familia y libertad reproductiva, en casos de parejas homoparentales.

La sentencia C-093 de 2018 será emblemática en tanto estudiará el proyecto de ley, que luego de insistentes solicitudes al Congreso de la

República, logró convertirse en la actual norma vigente (Ley 1953 de 2019) sobre reproducción médica asistida y tratamientos contra la infertilidad. La principal tarea de la Corte Constitucional en este caso, fue ponderar la posibilidad de reglamentar una política pública respecto Tratamientos de Reproducción Asistida en contraste a la presunta afectación a los principios de sostenibilidad fiscal y eficiencia. Aunque el debate sostuvo argumentos particulares, finalmente la Sala decidió que

Las cifras arrojadas por el estudio presentado por el IETS en 2015, no son susceptibles de soportar la violación del mentado criterio pues el universo de la población estudiado sobre el cual se hizo la estimación del gasto no es en modo alguno exacto, en razón a que no se tuvieron en cuenta las variables que tendrá que establecer el ente ministerial y por ende el posible costo solo será determinable cuando todo ello se incluya en los cálculos, para ser gestionado por dicho órgano en el presupuesto nacional. Esta Corporación consideró que las cuentas que se han efectuado, al no incorporar ninguna de las variables aquí anotadas, resulta no solo exacerbada sino además especulativa, lo cual reviste mayor trascendencia comoquiera que la sostenibilidad fiscal no puede invocarse como sustento para menoscabar, restringir el alcance o negar la protección efectiva derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-093/18, 2018). (Subrayado fuera del texto).

En ese entendido, la Corte Constitucional decidió declarar infundadas las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional y, en consecuencia, declaró executable el proyecto de ley en estudio, aunque se presentó un salvamento de voto, por parte de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, en donde se sostuvo, entre otras cosas, que la decisión de incluir en el PBS algún tipo de tratamiento, debe ser técnica y no jurídica; lo cierto es que a la fecha, la norma sigue en vigor.

Finalmente, la sentencia SU 074 de 2020 que, a juicio propio, se constituye en la sentencia hito sobre el tema suscitado, resuelve cinco acciones de tutela, en las cuales se solicita a las EPS autoricen tratamientos de fecundación in vitro. De los acápites más relevantes que permiten abordar con mayor entendimiento el tema de la referencia, se encuentra la recopilación jurisprudencial que realiza la Corte Constitucional, sobre tratamientos de fertilidad y técnicas de reproducción asistida; en ella, se recuerda que el acceso a este tipo de

procedimientos se ha ampliado de forma progresiva y que existen dos posturas jurisprudenciales, a saber:

Por una parte, la Corte ha negado por regla general el acceso a dichos procedimientos mediante la acción de tutela, pese a que ha admitido excepciones relacionadas con el principio de continuidad y la garantía del derecho a la salud. Por otra, esta Corporación ha garantizado, a partir de un enfoque basado en varios derechos fundamentales –igualdad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía y derechos reproductivos–, la posibilidad de practicar estas intervenciones clínicas, siempre y cuando se cumplan estrictas exigencias (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20, 2020).

Bajo el mismo entendido, la Corte recuerda que

El derecho a superar la infertilidad y a las tecnologías de reproducción asistida, como una manifestación de los derechos reproductivos tiene una dimensión de realización inmediata y otra de carácter prestacional. Mientras que la primera se satisface mediante la ausencia de prohibición o interferencia por parte del Estado y la garantía de: (i) un diagnóstico adecuado de la infertilidad; y (ii) los tratamientos para superar esta condición que se encuentran incluidos en los planes obligatorios de salud. Por su parte, la segunda, que se refiere al acceso de las técnicas de reproducción asistidas de alta complejidad, se encuentra sujeta al principio de progresividad y no regresividad. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20, 2020).

En razón a los argumentos expuestos por la Sala, en la presente sentencia se definen y unifican los criterios que permitirán acceder de manera parcial y excepcional a los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad, a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia (SU-074/20, 2020), los plantea así:

**(i) Edad:** la pareja debe encontrarse en rango de edad que permita hacer viable el tratamiento de fecundación in vitro.

**(ii) Condiciones de salud de la pareja infértil:** en primer lugar, el tratamiento debe ser prescrito por un médico especialista adscrito a la EPS, si el dictamen proviene de un médico particular, deberá conformarse

un grupo interdisciplinario de especialistas, que definan la viabilidad del caso; se deberán agotar los demás procedimientos y alternativas razonables para atender la infertilidad del paciente o de la pareja solicitante; se deberá justificar por el tratamiento de fertilización in vitro es la mejor alternativa, al igual que sus posibles consecuencias; por último, los medicamentos y exámenes prescritos por el médico tratante, que se encuentren incluidos en el PBS, deberán garantizarse con cargo a estos recursos (dado que el tratamiento en sí, realizará el recobro a otro fondo).

**(iii) Número de ciclos que deban realizarse de conformidad la pertinencia médica y condición de salud:** teniendo en cuenta que el máximo número de ciclos costeados parcialmente por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en aras de mantener la estabilidad financiera, es de tres; el médico tratante deberá fijar la cantidad y la frecuencia en cada caso.

**(iv) Capacidad económica de la pareja:** la pareja debe carecer de la suficiente capacidad económica para sufragar los gastos del tratamiento, teniendo en cuenta el criterio de gastos soportables. Se deja en claro al solicitante que, aún si la solicitud es aceptada, deberá financiar parcialmente los gastos del tratamiento, de conformidad con su capacidad de pago.

**(v) Tipo de infertilidad:** Será necesario que la persona que solicite el tratamiento, no haya tenido hijos previamente (infertilidad primaria) y que acredite la especial o excepcional afectación de sus derechos fundamentales.

El desarrollo jurisprudencial en este caso, evidentemente representa un avance significativo en aras de proteger los derechos de aquellas personas que solicitan el tratamiento de fecundación in vitro con cargo a recursos públicos; no obstante, es claro que los requisitos y la fijación de la línea jurisprudencial final omitió los eventos en los cuales, en razón al tipo de pareja, no se cumpla el criterio número cinco, atinente a la condición de infertilidad. Si bien esta conclusión se había expuesto con anterioridad, al tener el panorama general resuelto, es preciso señalar que la Corte Constitucional, pese a ser la guardiana y protectora de la Constitución, y pese representar la institución que más aboga por los derechos la comunidad LGBTIQ+, sobre este campo de acción, aún falta mucho por recorrer y reconocer en favor de quienes desean ejercer su

derecho a conformar una familia, entendida desde la perspectiva homoparental.

En el contexto interamericano, además de los instrumentos internacionalmente reconocidos que propenden por la protección de derechos humanos, tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales e incluso, la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, se distingue una sentencia hito, que representa el reconocimiento del tratamiento de fecundación in vitro, como un tratamiento perfectamente factible y en consonancia con los derechos humanos. Se trata del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*

El presente caso, que representó el motivo de estudio e inspiración del presente artículo, se puede resumir en los siguientes hechos: el tres de febrero de 1995 se profiere el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, que autoriza la práctica de fecundación in vitro; sin embargo, el siete de abril de 1995 se presenta acción de inconstitucionalidad por considerar que se vulnera el derecho a la vida, motivo por el cual la Corte Suprema de Costa Rica decide anular el Decreto Ejecutivo y prohibir la realización de este procedimiento en casos de parejas heterosexuales. En razón a lo expuesto, nueve parejas decidieron presentar petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solicitando se les permita acceder al tratamiento fecundación in vitro. Luego de analizar esta situación y llegar a instancias contenciosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara que

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del año 2000, que prohibió la fecundación in vitro (FIV), infringe el derecho humano a la vida privada y la vida familiar, el derecho humano a fundar y criar una familia, y el derecho humano a la no discriminación en base a discapacidad, situación económica, o género (Como se citó en Zegers Hochschild, Dickens, & Dughman Manzur, 2014).

Por tanto, prohibir el tratamiento de fecundación in vitro en Costa Rica se constituye en una proscripción infundada y desproporcionada, que tergiversa las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, al entender de manera errónea que los embriones son personas y, por tanto, tienen derecho a la vida (Zegers et al., 2014).

Así las cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (como se citó en Zegers et al., 2014) aclara que son dos conceptos completamente diferentes la fecundación y la concepción, motivo por el cual dictamina que la fecundación in vitro “cumple un servicio en favor de los derechos humanos, los embriones in vitro no son “personas”, y no tienen derecho jurídico a la vida” (p. 229).

### **3. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN PAREJAS DEL MISMO SEXO, RESPECTO EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO FECUNDACIÓN IN VITRO EN COLOMBIA**

Aunque los diversos escenarios estudiados denotan un avance significativo respecto la regulación de la fecundación in vitro, es claro que el panorama de las parejas homoparentales aún se mantiene sin protección suficiente y equitativa en el Estado colombiano. Es necesario tener claro que, al hablar de tratamientos de reproducción asistida, de manera intrínseca se hace referencia al derecho de autodeterminación reproductiva, entendido como “el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como el acceso a los medios y a la información para hacerlo” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-074/20) (Subrayado fuera de texto). Por tanto, la garantía de este tratamiento con recargo al Estado, en consonancia a lo expuesto, debe ampliar su campo de acción a la libre elección de la pareja, y no solo a su imposibilidad fisiológica, como ha delimitado exegéticamente la Corte.

Sin embargo y, a pesar de los importantes avances en el tema, puede observarse que los lineamientos para optar por estos tratamientos de infertilidad, excluyen de manera tácita la solicitud por parte de parejas homoparentales, que cuenten con los requisitos consagrados en el artículo 4, numeral 1 de la Ley 1953 de 2019; como son la edad, el estado de salud de la pareja infértil, la cantidad de ciclos de alta o baja complejidad, de conformidad con la pertinencia médica, capacidad económica de la pareja o nivel de Sisbén, frecuencia, clase o tipo de infertilidad, entre otros (Ley 1953 de 2019) (Subrayado fuera del texto).

Ello se puede afirmar, dado que únicamente se tuvo en consideración para solicitar este servicio, además de criterios socioeconómicos, la condición de infertilidad; circunstancia que evidentemente no se cumpliría en casos de parejas del mismo sexo, toda

vez que su impedimento deriva del tipo de pareja conformada y no de su condición biológica particular. Regular esta temática partiendo solo de esta condición, sería pasar por alto que “en Colombia, el uso de las TRHA, debe además de ayudar a superar problemas de fertilidad, propender por la libertad de procrear teniendo como premisa la autonomía y el derecho de formar una familia” (Vallejo, 2019, p. 2). (Subrayado fuera de texto).

## CONCLUSIONES

El procedimiento de fecundación in vitro en Colombia, entendido como un mecanismo de reproducción asistida, se ha desarrollado bajo el esquema de una política pública en contra de la infertilidad, catalogada en la actualidad como una enfermedad, que propende por impedir el detrimento de los derechos fundamentales de las parejas que acrediten una serie de requisitos y condiciones jurisprudencialmente establecidas. Sin embargo, ésta directriz ha restringido exegéticamente los escenarios en los cuales las parejas del mismo sexo desean acceder a este procedimiento, pues no se contempla, dentro de las reglas de excepcionalidad, la posibilidad de desarrollar libremente el derecho a formar una familia, en el contexto homoparental, sin la condición *sine qua non* de padecer de infertilidad.

Lo anterior conlleva asumir que las parejas homoparentales que desean tener hijos o hijas, necesariamente deben costear la totalidad del tratamiento de fecundación in vitro, mientras las parejas heteroparentales gozan de la protección constitucional y legislativa que, las herramientas previstas en cada uno de los acápites resueltos en el presente artículo, les facilitan.

Aunque es claro que la regulación nacional del procedimiento de fecundación in vitro no ha sido ecuaníme, uniforme ni, mucho menos, afable, lo cual lleva a reconocer el gran trabajo que, en esa medida, la Corte Constitucional ha realizado al respecto; lo cierto es que, en la actualidad, las parejas heteroparentales pueden ejercer con un poco más de soporte, sus derechos a conformar una familia y a desarrollar libremente la libertad de reproducción. No se puede afirmar lo mismo en el caso de las parejas homoparentales que, además de las incontables restricciones que han tenido que sobrellevar con el paso de los años, encuentran en este tema, un nuevo obstáculo por asumir.

Si bien el presente artículo no pretende exacerbar y desahuciar a las parejas del mismo sexo, mostrando que existen restricciones e

impedimentos en el ejercicio de sus derechos, sí propende realizar una invitación a mantener la lucha perenne por alcanzar la igualdad social, económica, política y legal en el Estado Colombiano; pues, si bien es cierto aún no se logra equiparar al esquema *tradicional* de familia, en el presente caso, es un hecho que, a través del ejercicio de las acciones constitucionales a disposición, en pocos años se verán nuevas transformaciones en el paradigma legal actual.

## REFERENCIAS

- Alzate, D. y Salazar, C. (2019). *Método Ropa: Maternidad sin Paternidad en el Contexto Sociocultural Colombiano* [Monografía de Pregrado, Universidad Autónoma Latinoamericana]. Repositorio UNAULA. [http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/1302/1/unaula\\_rep\\_pre\\_der\\_2019\\_Maternidad\\_sin\\_paternidad\\_colombiano.pdf](http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/1302/1/unaula_rep_pre_der_2019_Maternidad_sin_paternidad_colombiano.pdf)
- Bonilla, B. y Manosalva, C. (2019). *Regulación de la Fecundación in Vitro en Colombia y en el Derecho Comparado* [Tesis de Especialización, Universidad Libre]. Repositorio Universidad Libre. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15690/Paper%20Especializaci%c3%b3n%20Derecho%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Congreso de la República de Colombia. (09 de enero de 2007). Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1122 de 2007]. DO: 46.506
- Congreso de la República de Colombia. (19 de enero de 2011). Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1438 de 2011]. DO: 47.957
- Congreso de la República de Colombia. (20 de febrero de 2019). Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. [Ley 1953 de 2019]. DO: 50.873
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (19 de agosto de 2010). Sentencia T-644 [M.P: Vargas, L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (21 de septiembre de 2007). Sentencia T-752 [M.P: Vargas, C.].

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (28 de febrero de 2017). Sentencia T-126 [M.P: Vargas, L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión (31 de octubre de 2002). Sentencia T-946 [M.P: Vargas, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (06 de julio de 2010). Sentencia T-550 [M.P: Sierra, H.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de octubre de 2018). Sentencia C-093 [M.P: Reyes, J. y Ortiz, G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de febrero de 2020). Sentencia SU-074 [M.P: Ortiz, G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (01 de agosto de 2016). Sentencia T-398 [M.P: Guerrero, L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (23 de marzo de 2010). Sentencia T-226 [M.P: Gonzáles, M., Henao, J., Mendoza, G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (02 de agosto de 2018). Sentencia T-316 [M.P: Pardo, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (26 de junio de 2009). Sentencia T-424 [M.P: Pretelt, J.].
- Díaz, A. (2014). Evolución de la Fecundacion in Vitro En el Marco Jurídico Colombiano. *Revista UIS Humanidades*, 42(1), 53-64. <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/5806/6100>
- Díaz, J. (2017). Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Desafíos en el Derecho Filiativo Chileno. *Revista Codex*, 3(5), 15-33. <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/4352>
- Kushner-Dávalos, L. (2010). La Fertilización in Vitro: Beneficios, Riesgos y Futuro. *Revista Científica Ciencia Médica*, 13(2), 77-80. <http://www.scielo.org.bo/pdf/rccm/v13n2/a06.pdf>
- Londoño, M. (2012). Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

*Revista Opinión Jurídica*, 11(22), 45-64.  
<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v11n22/v11n22a04.pdf>

- Maestre, M. y Mazeneth L. (2016). *Técnicas de reproducción humana asistida y su incidencia en la filiación en parejas del mismo sexo* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio Pontificia Universidad Javeriana.  
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36637/MaestreArizaMariadelPilar2016..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Martos, A., Barragán A., Molero M., Simón, M. y Gázquez, J. (Comps.). (2016). *Avances de Investigación en Salud a lo largo del Ciclo Vital: Nuevos Retos y Actualizaciones*. Dykinson.
- Vaca, M. C. (2018). *Maternidad Subrogada para Parejas del Mismo Sexo en Colombia Bajo una Perspectiva del Derecho Comparado* [Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Universidad Católica de Colombia.  
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15908/1/MATERNIDAD%20SUBROGADA%20PARA%20PAREJAS%20DEL%20MISMO%20SEXO%20EN%20COLOMBIA%20BAJO%20UNA%20PERSPECTIVA%20DEL%20DERECHO%20COMPARAD~1.pdf>
- Vallejo, V. M. (2019). *Análisis del Consentimiento Informado al Momento de Aplicar el Método Ropa en Parejas de Lesbianas en Colombia* [Tesis de Maestría, Universidad Externado de Colombia]. Biblioteca Digital Externadista.  
<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/6102e500-5de0-4326-a647-4e44e9b3792d/content>
- Zegers, F., Dickens, B. y Dughman, S. (2014). El derecho humano a la fecundación in vitro. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 79(3), 229-235. <https://www.scielo.cl/pdf/rchog/v79n3/art12.pdf>

# LAS PRUEBAS DE POLÍGRAFO Y VISITAS DOMICILIARIAS PARA LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LAS EMPRESAS PRIVADAS: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Katherine Mora Caicedo<sup>17</sup>

Fecha de recepción: 22 de abril de 2022

Fecha de aceptación: 29 de mayo de 2022

Referencia: Mora, K. (2022). Las pruebas de polígrafo y visitas domiciliarias para la contratación laboral en las empresas privadas: análisis constitucional. *Revista Científica Codex*, 8(14), XX-XX.

## RESUMEN

Desde la Constitución Política de 1991, en Colombia se ha facultado a las empresas de carácter privado para regular sus procesos internos de contratación con libertad y autonomía. Empero, debe entenderse que esta autonomía no es arbitraria, toda vez que se ve necesariamente limitada desde los principios que deben regir los vínculos regulados por el derecho

---

<sup>17</sup> Abogada, Universidad de Nariño. Estudiante de la Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad de Nariño, Correo electrónico: [katherinemorac9@gmail.com](mailto:katherinemorac9@gmail.com).

del trabajo, siendo la dignidad humana uno de los pilares fundamentales en las relaciones laborales, aunado al libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, debido proceso y derecho al trabajo. Esta investigación pretende, desde el punto de vista cualitativo, identificar si las empresas privadas, al aplicar pruebas de confianza, específicamente las pruebas de polígrafo y visitas domiciliarias, para la contratación de nuevos empleados, vulneran los principios de dignidad y libertad planteadas por el constituyente primario, esta preocupación surge de la existencia de vacíos legales en materia de protección a la privacidad de los candidatos a un trabajo en empresas privadas, tal como se deduce de la revisión normativa, vacío que es necesario llenar con la aplicación de los postulados que regulan el tema a la luz de la Constitución Política de 1991.

**Palabras clave:** Trabajo, Pruebas de confianza, Derechos, Empresas privadas, Aspirantes.

### **ABSTRACT**

Since the Political Constitution of 1991, in Colombia private companies have been empowered with freedom and autonomy to regulate their internal contracting processes, however, it must be understood that this autonomy is not arbitrary, since it is necessarily limited from the principles that must govern the links regulated by labor law, human dignity being one of the fundamental pillars in labor relations, coupled with the free development of personality, personal privacy, due process and the right to work. This research aims, from a qualitative point of view, to identify whether private companies, by applying confidence tests, specifically polygraph tests and home visits, for the hiring of new employees, limit the right to work in conditions of dignity and dignity. freedom raised, this since from the documentary review, there are some legal gaps in terms of protection of the privacy of candidates for a job in private companies, gaps that must be filled with the application of the current regulations that regulate the subject in the light of the Political Constitution of 1991.

**Keywords:** Work, Confidence tests, Rights, Private companies, Applicants

## INTRODUCCIÓN

El trabajo se define como un valor, un principio, un derecho y un deber constitucional; este último entendido como el deber de mantener el trabajo y generar nuevas alternativas laborales, puesto que estos son los cimientos de una buena economía, a partir de los cuales se logra el desarrollo del Estado Social de Derecho. Este incluye la consecución de un trabajo decente, en el que todas las personas tengan oportunidades laborales con ingresos justos y la garantía de seguridad y un ambiente tranquilo mientras realizan sus actividades.

Así, cada persona debe tener condiciones dignas de trabajo, en el entendido que esto contribuye en la disminución de la pobreza y a alcanzar el desarrollo estable de un país. Dichas condiciones, se explican en cuatro pilares: creación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social. Para el presente ejercicio, resulta valioso analizar el primer aspecto, referido a la obtención de las debidas oportunidades de empleo e ingresos, teniendo en cuenta que la base es contar con un trabajo.

Paralelamente a ello, el Estado colombiano garantiza en la Constitución Política de 1991, en el artículo 333, la iniciativa privada, dotando a las empresas con autonomía y libertad económica para reglamentar sus procesos internos de selección de personal, dentro de los límites del bien común. Así mismo, establece que las empresas tienen una función social que implica obligaciones y responsabilidades pues tienen a su cargo el desarrollo del país, por lo que es deber del Estado estimular su creación y fomento.

Con base en estos derechos que le son otorgados, muchas empresas privadas utilizan, en sus procesos para seleccionar el personal, las denominadas pruebas de confianza, en las cuales el empleador somete al aspirante a una serie de pruebas cuyo fin es determinar la idoneidad mismo. Algunos ejemplos de estas pruebas son los interrogatorios con polígrafo y las visitas domiciliarias que realizan los empleadores para verificar las condiciones familiares y personales en las que vive su futuro trabajador.

En este orden de ideas, es necesario estudiar ¿Si dichas prácticas vulneran los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal y debido proceso a la luz de los

postulados constitucionales de 1991?, puesto que el Estado Social de Derecho, haciendo énfasis en el componente social, debe comprometerse a mejorar la calidad de vida de sus integrantes, generando políticas públicas y normas que busquen garantizar en mayor escala el efectivo acceso a un trabajo digno, pero al mismo tiempo, los procesos de selección de las empresas deben enfocarse en contratar al personal idóneo y por ello, recurren a las pruebas de confianza con polígrafo o visitas domiciliarias. Sin embargo, éstas podrían afectar el acceso a un trabajo digno del candidato a futuro trabajador, ya que sus condiciones laborales y familiares quedarían expuestas y podrían otorgar mayor porcentaje a los resultados de estas pruebas que a aspectos relacionados directamente con el campo laboral, como, por ejemplo, la experiencia.

Para analizar el tema en cuestión, en primer lugar, se conceptualizarán las pruebas de confianza, para estudiar en concreto las de visita domiciliaria e interrogatorio con polígrafo y la regulación que existe en Colombia sobre la materia. Posteriormente, se plasmará el marco jurídico de protección de los trabajadores en Colombia, haciendo énfasis en los procesos de selección, para finalmente determinar cómo se ve limitado el derecho a un trabajo en condiciones de dignidad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad y debido proceso, por el uso de las pruebas de confianza en las empresas privadas.

## **1. PRUEBAS DE CONFIANZA APLICADAS EN MATERIA LABORAL POR EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS PARA VINCULAR PERSONAL EN COLOMBIA**

Afines del siglo XIX, a nivel mundial los trabajadores tenían condiciones laborales pésimas y eran vistos como una máquina productiva de la cual sólo era importante lo que producían para beneficio de la empresa en la cual prestaban sus servicios (Goyes, 2018); no obstante, con las diferentes luchas que dieron como resultado la obtención de los derechos laborales, se ha ido cambiando esta concepción para ver el lado humano del trabajador, pasando desde un enfoque de máquina hacia un enfoque de recursos humanos, entendido este último como el principal recurso o valor con el que cuenta la empresa (Gil, 2007).

Pese a lo anterior, hoy en día, la legislación no es muy clara en materia de derechos laborales en algunos países, específicamente aquella que se relaciona con los procesos de selección de personal. En el caso de

las pruebas de confianza o confiabilidad, en Colombia no existe normatividad que, de manera expresa, defina su concepto, pese a que muchas empresas de carácter privado y público utilizan estas herramientas dentro de su ordenamiento interno para seleccionar nuevos empleados (Argibay, 2016).

Respecto a las empresas privadas, como se mencionó anteriormente, la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 333 las dota de autonomía para ejercer su actividad comercial (C.P., 1991), lo que se podría traducir en una autonomía de la voluntad que se ve materializada en sus manuales internos que regulan los tipos y la manera en la cual desarrollan sus procesos de selección para vincular personal a su planta. Teniendo en cuenta esta normatividad, se podría decir que las empresas particulares tienen libertad absoluta. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dicho que la autonomía privada no puede entenderse como ilimitada, pues los entes de carácter privado deben fijar unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de su poder, en reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, entre otros, ya que estos mínimos deben respetar los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte de una empresa (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-944, 2000).

En este contexto, el Consejo de Estado manifestó que:

(...) La Sala reconoce la importancia que para algunas entidades pueda tener la realización de «pruebas de confianza» a sus empleados, como lo son el análisis de estrés de voz y el polígrafo, así como estudios de seguridad, debido a la importancia, especialidad y delicadeza de las funciones (Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15), 2019) REVISAR BIEN EL RADICADO.

Así como el anterior pronunciamiento, las altas Cortes han analizado algunos casos donde se realizan las pruebas de confianza, empero, no las han definido expresamente, ni mucho menos se las han llegado a regular, salvo algunos casos específicos en los cuales me detendré más adelante.

Como se puede ver, si bien no se cuenta con una definición expresa en nuestra normatividad vigente, se debe entender a las pruebas de confianza en materia laboral, como una serie de test que realiza el

empleador para evaluar las cualidades que posee una persona, en este caso, el aspirante a trabajador, características que son determinantes al momento de contratar personal nuevo en la empresa, ya que pueden inspirar sentimientos de seguridad y confianza (Goyeneche, 2018).

Con base en la anterior aproximación, las empresas que van a vincular personal nuevo a su núcleo de trabajo justifican la utilización de estas herramientas para decantar la integración de su personal, propendiendo por trabajadores que cuenten con las aptitudes éticas, sociales o económicas esperadas (Simeón, 2018; Calle, 2020; Centeno, 2020). Por ello, las pruebas de confiabilidad se vuelven determinantes a la hora de escoger el futuro trabajador de una empresa, ya que los empleadores consideran que estos test dicen mucho o todo lo que necesitan saber acerca de su futuro trabajador, otorgándoles incluso, en algunos casos, un mayor valor a conceptos comportamentales que a los requisitos objetivos necesarios para desempeñar el cargo.

Lo anterior, por cuanto se considera que la empresa contratante debe medir el riesgo que asumiría en caso de contratar un trabajador con ciertos rasgos de personalidad que podrían ser catalogados como negativos, hábitos personales, consumo de sustancias e incluso la forma de relacionarse con los demás, no solo en el ámbito laboral sino en un ámbito social, ya que se cree que estos comportamientos pueden significar un riesgo para la empresa al sufrir casos de hurto, fraude o cualquier tipo de situación que se pueda catalogar como deshonestas.

### ***1.1 Tipos de prueba de confianza utilizadas para vincular personal en empresas privadas***

Las empresas necesitan conocer a sus empleados para determinar cuál es el personal que más se adapta a las necesidades de la labor que se les encomendará, por ende, investigar los antecedentes de los candidatos es un asunto importante, pues no sólo está en juego la productividad de la empresa sino también el ambiente laboral interno; es su responsabilidad garantizar condiciones óptimas entre compañeros de trabajo. Una forma de determinar los antecedentes y características de los futuros empleados son las pruebas de confianza, algunas de ellas son: referenciación, estudio de confiabilidad, verificación de antecedentes y estados financieros, visita domiciliaria, prueba de polígrafo, pruebas psicológicas proyectivas (Goyeneche, 2018). Para el caso que nos ocupa, sólo se analizarán las

pruebas de polígrafo y las visitas domiciliarias, por considerar que al invadir la esfera personalísima del individuo pueden limitar su derecho a acceder a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Es importante considerar que, generalmente, estas dos pruebas de confianza cuentan con la autorización de los aspirantes para que permitan la realización de estos test, dejando por sentado que el trabajador no está actuando en contra de su voluntad. Lo anterior podría llevar a pensar que no hay injerencia en el derecho a la intimidad del aspirante, pues es este mismo ha decidido ceder su derecho. Sin embargo, se debe analizar hasta qué punto es aceptable este hecho, ya que hay una situación desigual de manejo de poderes, pues desde siempre entre el trabajador y el empleador ha existido un espacio que los separa, situación que fundamenta el principio protector en materia laboral, el cual establece un amparo en favor del trabajador, tratándolo como el lado débil de la relación laboral. Entonces, si no se habla de igualdad entre empleador y trabajador, mucho menos se podría hablar de igualdad entre empleador y aspirante a trabajador. Por esta razón, es evidente que los aspirantes firman la autorización para llevar a cabo estas pruebas de confianza en su afán por encontrar una estabilidad laboral que, en muchos casos, es su único modo de subsistencia.

Antes de adelantarnos a identificar algún tipo de limitación al acceso a un trabajo digno, es necesario analizar los aspectos más relevantes de estas dos pruebas:

### **1.1.1. Visita domiciliaria.**

Como su nombre lo indica, es una visita que programa el grupo o la persona que ha sido delegada para el proceso de contratación del futuro trabajador a su lugar de residencia. Tiene como fin conocer al aspirante en su entorno familiar, el lugar, ubicación y las condiciones de su vivienda e incluso las características de su núcleo familiar, pues existe la posibilidad de realizar entrevistas, no solo al aspirante, sino a los integrantes de la familia que el empleador considere conveniente, para comparar el estilo de vida que proyecta con sus estados financieros y los de su familia (Goyeneche, 2018).

Sucede pues, que la práctica de esta prueba debe tener en cuenta el artículo 15 y 42 de nuestra Constitución Política de 1991, la cual ha establecido que todos los colombianos ostentamos el derecho a nuestra

intimidad personal y familiar, siendo obligación del Estado respetarla y hacerla respetar. De la misma manera, el artículo 18 recalca que nadie está obligado a revelar sus convicciones y el artículo 33 de la Carta Magna reitera el derecho a no auto incriminarse y a no declarar en contra de sus parientes (C.P., 1991). Sobre el tema, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

La intimidad, el espacio exclusivo de cada uno, es aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano (Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión, T-696, 1996).

Asimismo, habla del consentimiento del individuo para ceder cierto grado de su intimidad, afirmando que la intimidad es un área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la Ley. La Corte ha señalado también que el derecho a la intimidad se extiende a las relaciones familiares, prácticas sexuales, creencias religiosas, la proyección de la propia imagen, las condiciones de salud, las comunicaciones confidenciales, el domicilio, los secretos profesionales y en general, todo ámbito que contenga datos relevantes y personales de las personas (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-634, 2013).

En suma, estos pronunciamientos resaltan la importancia del derecho a la intimidad en nuestro país, ya que se tiene como un derecho fundamental que se relaciona con las creencias propias y formas o estilos de llevar cada uno su vida y la manera en cómo esta se desarrolla en la esfera privada de cada individuo, restringiendo la intromisión de los demás a esta privacidad, salvo casos muy excepcionales en los que medie orden de autoridad competente y siempre para salvaguardar el interés general.

Ahora bien, en el estudio de la intimidad personal en el ámbito laboral, la Corte Constitucional ha ido más allá al definir conceptos de importante relevancia para poder precisar el núcleo esencial de este

derecho fundamental. Los conceptos desarrollados por la Corte son los siguientes:

A. Información pública. Es la que se encuentra en normas de carácter general, documentos públicos, providencias judiciales ejecutoriadas y estado civil de las personas. Estos datos al ser públicos son de libre acceso y no requieren de ninguna autorización ni intervención de alguna autoridad para su acceso (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-574, 2017).

B. Información semiprivada. No es pública, pero tampoco son datos de naturaleza íntima y tiene un grado de limitación para su acceso, bien sea por orden judicial o administrativa. Por ejemplo, los datos referentes a la seguridad social de las personas (exceptuando la historia clínica), la administrada por las bases de datos de información financiera, RUNT, información sobre aportes a campañas políticas, etc. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-574, 2017).

C. Información reservada. Esta información no puede ser obtenida, ni siquiera mediando orden judicial, ya que se trata de datos sensibles de la persona como su orientación sexual, hábitos personales o pertenencia a un movimiento político de los votantes, por lo tanto, solo se accede a ella mediante el permiso del titular de la información (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-574, 2017).

D. Información privada. Para acceder a este tipo de información es necesario que se cuente con un permiso de autoridad judicial. Comprende los libros de los comerciantes, documentos privados, historias clínicas, información obtenida de una inspección de domicilio en procesos penales, información genética que reposa en bancos de sangre o similares. Adicionalmente, hace referencia a la información personalísima del individuo, aspectos de la vida personal, social y económica que solo puede ser divulgada por autorización de la persona o por decisión judicial. En este mismo sentido, la Corte Constitucional (2017) resalta que, por excelencia, la residencia es el lugar de mayor privacidad, ya que es en éste, donde el individuo desarrolla su personalidad y ejerce su intimidad de manera libre en un ámbito reservado (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-574, 2017).

Es claro, entonces, que la información que las empresas privadas obtienen del lugar de residencia del aspirante, como aspectos de su vivienda, vestimenta, hábitos y comportamientos, es una información que

se cataloga como privada, pues es sobre la cual el individuo desarrolla con plena confianza sus aspectos personales de vida. Pese a la protección que le otorga el máximo órgano constitucional, también ha dicho que existen diferentes grados de intimidad en tanto la persona decide qué nivel de intimidad ceder (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-768, 2008).

### **1.1.2. Prueba de polígrafo**

Como se mencionó en líneas precedentes, en Colombia el tema del uso de las pruebas de confianza no se encuentra regulado, salvo en casos muy concretos, como lo es el caso de la Superintendencia de Vigilancia Privada y el caso de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Sobre este punto, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

Aclara la Sala, que en las mencionadas resoluciones se autoriza incluir dentro de los procesos de selección de personal para cargos directivos la referida prueba, siempre y cuando se establezca como garantía a favor del aspirante que debe ser autorizada por escrito previo, libre y voluntario. Aparte de los dos casos señalados, no existe en el derecho colombiano ninguna otra norma de naturaleza reglamentaria en la materia (Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15), 2019).

De esa manera, para entender la regulación que existe sobre la utilización de los polígrafos para la selección de personal se procederá a estudiar las normas que lo reglamentan:

A. Resolución 2593 de 2003. Esta resolución define a las pruebas de polígrafo como un examen que mide las reacciones fisiológicas del examinado que se presentan cuando dice algo que no corresponde a la realidad. Asimismo, autoriza a todos los servicios de vigilancia y seguridad privada para utilizar estas pruebas en sus procesos de selección, establece que la persona que las practica debe ser consultor con especialidad de poligrafista y las personas jurídicas que quieran prestar estos servicios también deberán contar con una licencia de funcionamiento. Adicionalmente, menciona que las personas que presten los servicios de poligrafía tienen la obligación de mantener reserva de la

información obtenida, salvo autorización expresa, escrita y voluntaria del examinado, aclarando que la prueba en ningún caso constituirá violación de su dignidad humana o sus derechos fundamentales (Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Resolución 2593 de 2003).

B. Resolución 2852 de 2006. Repite algunos de los conceptos mencionados en la anterior resolución. Como novedad, introduce como falta grave la práctica de la prueba de polígrafo por parte de los servicios de vigilancia y seguridad privada sin contar con la autorización previa de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada (Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Resolución 2852 de 2006).

C. Resolución 2417 de 2008. Modificó algunos artículos de la resolución 2852 de 2006 para facultar la realización de la prueba de polígrafo sin autorización o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Lo anterior, sin perjuicio de que esta entidad, en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control verifique que el operador del servicio cuente con título que lo acredite para tal fin (Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, Resolución 2417 de 2008).

D. Resolución 17 de 2016: Permitió la utilización de la prueba del polígrafo para vincular a personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con alcances similares a los anteriormente detallados. En esta resolución se habla de la prueba del polígrafo como una prueba capaz de determinar rasgos de confiabilidad de la persona, que mide igualmente comportamientos, conocimientos, capacidades y habilidades del aspirante (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales [DIAN], Resolución 17 de 2016).

Si bien las anteriores resoluciones hacen referencia a procesos de contratación en materia pública, ya que se establece que las pruebas de confianza deben ser detalladas en los respectivos pliegos de condiciones expedidos para el cargo en específico, es la única regulación sobre la materia que existe en Colombia. Por lo tanto, al ofrecer una aproximación bastante cercana al tema que se pretende debatir en este artículo, se las utilizará como base para desarrollar el uso de las pruebas de confianza en materia privada.

La regulación anteriormente referenciada hace un énfasis en las aptitudes que debe tener la persona que practica la prueba del polígrafo: debe ser una persona con título que acredite su idoneidad; también se

habla de que estas pruebas en ningún caso podrán violentar los derechos fundamentales del examinado. No obstante, no se ofrecen mecanismos para impedir la limitación de derechos, ya que las resoluciones dejan un vacío acerca de las preguntas que se pueden realizar, tampoco hace referencia a si estas deben tener una justificación concreta.

Entonces, podría pensarse que los empleadores a través de la persona que practica la prueba del polígrafo, tienen un amplio margen de discrecionalidad para decidir el cuestionario que se le realizará a los que aspiren al cargo laboral, pudiendo incluir en él preguntas acerca de su vida íntima, creencias religiosas, pertenencias a partidos o movimientos políticos, consumo de sustancias, infidelidades, etcétera. Ello aunado a que no establece como obligación explicar con detenimiento la justificación y el fin de las preguntas, lo que podría generar sentimientos de incomodidad e inseguridad al entrevistado, situación que, valga aclarar, también puede influir de manera negativa en el resultado de su examen, coartando su derecho a acceder a un trabajo en condiciones justas y dignas. Adicionalmente, se tiene que la prueba del polígrafo no es perfecta, ya que, como toda prueba, tiene unos márgenes de error. Por ello, no puede ser el único factor decisivo a la hora de contratar el personal requerido (Goyeneche, 2018).

Esta prueba de confianza, tal como la visita domiciliaria, es utilizada por las empresas privadas para identificar supuestos posibles riesgos para la organización de la empresa. Justificación que lleva a concluir que no se está hablando de pruebas de confianza sino de desconfianza, ya que el empleador parte de la idea de que el aspirante a trabajador actúa de mala fe, ofreciendo datos en la hoja de vida o en la entrevista que bien podrían no ser veraces y, por lo tanto, se hace necesaria la utilización de otro tipo de pruebas como la del polígrafo a través de la cual se puede establecer con claridad cuando el aspirante miente, otorgándole, escasa o nula credibilidad a lo manifestado por el aspirante a trabajador.

Esto incluso contraría el postulado de la buena fe, expresada en el artículo 83 de la Constitución Política Colombiana: “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” (C.P., 1991).

Además, como se indicó anteriormente, con estas pruebas los detalles íntimos de los aspirantes quedan expuestos, las empresas se escudan en la autorización libre de los participantes. Sin embargo, en el fondo pueden estar en desacuerdo con su aplicación, pero debido a la necesidad de ser contratados, se ven obligados a revelar sus hábitos familiares, el aspecto de su vivienda, las personas que conforman su núcleo familiar, los tipos de vestimenta, sus expresiones, entre otros y se genera el interrogante sobre si realmente estos aspectos serían determinantes y esenciales para generar una relación laboral.

Finalmente, se resalta que, en Colombia, existe un vacío legal acerca de la práctica de las pruebas de confianza en los procesos de selección en materia privada, que ha tenido que ser suplido por la escasa regulación que existe sobre la materia en el sector público, la cual tampoco otorga una real protección a los derechos constitucionales de los aspirantes a trabajadores, negándoles con ello, el acceso a un trabajo. Igualmente, tampoco existen directrices específicas acerca de las preguntas que se pueden realizar en un interrogatorio con polígrafo al individuo que quiera vincularse con una empresa, ni se fijan los parámetros sobre los cuales deben versar las visitas domiciliarias, otorgando un amplio margen de discrecionalidad del empleador a través del operador de la prueba.

## **2. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN COLOMBIA EN LA FASE INICIAL DE CONTRATACIÓN**

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991 nace el Estado Social de Derecho con la implementación de una carta de derechos fundamentales, acciones constitucionales y organismos para garantizar la protección de los mismos. Así entonces, el preámbulo de la carta política posiciona al trabajo como un valor y un principio, comprendido como una de las bases o pilares fundamentales del ordenamiento jurídico. De la misma manera, se lo describe como un derecho fundamental, además de una obligación, pues se habla de que el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas (C.P., 1991).

Sobre estos conceptos se ha pronunciado la Corte Constitucional, manifestando que la mejor forma de garantizar las condiciones dignas y justas en el trabajo, es respetando los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, aplicado a todas las formas

de trabajo. En resumidas cuentas, el trabajo se desarrolla en estas condiciones cuando se respetan, entre otros aspectos, los principios de libertad e igualdad tanto en el acceso al trabajo, como en el desarrollo del mismo, y la dignidad humana del trabajador; conceptos que no deben entenderse como contrarios a la subordinación, ya que libertad y subordinación son compatibles, en tanto esta última se encuentre limitada por la dignidad y los derechos fundamentales con que cuenta el trabajador (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-694, 1998).

Pues bien, no es extraño que la protección del trabajador se haya dado de manera progresiva con la implementación de los principios orientadores del trabajo, ya que se tiene que la balanza de la relación laboral no es igual, por lo tanto, debe otorgarse una mayor protección al trabajador. En este sentido, si la balanza entre empleador y trabajador no es equivalente, mucho menos lo va a ser la relación entre empleador y aspirante a trabajador, por ello, en cuanto al marco jurídico de protección de los derechos de los trabajadores en la fase inicial de contratación, es relevante hablar del principio de igualdad de oportunidades y no discriminación, en donde se hace referencia al tratamiento equitativo que se le da a todas las personas, desde tres aristas: cuando ingresan a un trabajo, durante su permanencia en el empleo y al retirarse del mismo. Bajo esta premisa, Goyes (2018) enfatiza en que este principio se aplica en varios escenarios: el primero de ellos habla del ingreso a un trabajo, en donde la línea jurisprudencial pasó de avalar concursos de méritos cerrados, a volverlos la excepción, para finalmente dejar por sentado que todos los concursos de méritos en materia pública deben ser abiertos, tanto en los concursos de ascenso como de ingreso, ya que la oportunidad de empleo debe ser abierta e igualitaria para todas las personas.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha realizado algunos pronunciamientos tendientes a limitar la autonomía de la voluntad privada de las empresas privadas en sus procesos de selección, al mencionar que, cuando de manera autónoma, se abren convocatorias para proveer cargos, la limitación de la autonomía de la voluntad privada se define por la parte contratante, por la autotutela establecida en el proceso de selección. Por ende, debe respetarse el resultado del concurso, puesto que la autolimitación genera expectativas legítimas a quienes participan y se acogen a los términos del concurso. En otras palabras, la

entidad privada cuenta con amplia autonomía para establecer perfiles, procedimientos, duración y modalidades de los vínculos laborales, respetando los mínimos legales (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-694, 2013).

En este contexto, la Corte Constitucional analizó el caso de un aspirante a trabajador que fue excluido de un proceso de selección laboral al otorgarle un valor determinante a la información privada y confidencial del aspirante respecto de su estado de salud, ya que el empleador basó su decisión de no contratarlo en razón a que se descubrió que era portador de VIH. En esta sentencia, el máximo órgano constitucional dispuso que en los procesos de selección de personal se debe respetar el derecho a la igualdad de oportunidad de los aspirantes, prohibiendo los criterios de discriminación negativa en estos procesos de selección laboral, ya que es necesario que se garanticen los derechos de dignidad humana, igualdad de oportunidades y no discriminación, sin importar la relación jurídica de las partes, aun cuando ni siquiera los relacione algún contrato laboral (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-031, 2021).

La sentencia objeto de estudio dispuso lo siguiente:

Quienes adelanten procesos de selección laboral están en la obligación de acatar las pautas legales y jurisprudenciales que regulan la materia, por ejemplo, la aplicación de los principios de buena fe, razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones que se tomen respecto a la selección o exclusión de una persona para un determinado cargo.

Si bien la Carta Política y la jurisprudencia constitucional reconocen la facultad que tienen las empresas particulares, en virtud de los principios de la autonomía privada y la libertad de empresa, de establecer requisitos de ingreso en los procesos de selección para ocupar un determinado cargo, los mismos deben ser acordes con las reglas concernientes al debido proceso en las relaciones entre particulares y el respeto de los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y a la no discriminación de los aspirantes (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-031, 2021).

Asimismo, el Ministerio del Trabajo resaltó la prohibición de los empleadores, de exigir a un aspirante a trabajador la práctica de la prueba

del SARS-CoV-2 (COVID-19) para acceder a un trabajo, ya que se estaría discriminando al aspirante, vulnerando los derechos fundamentales que le asisten (Ministerio del Trabajo, Circular 0022 de 2021).

Por lo tanto, se destaca la inconveniencia desde el punto de vista del derecho laboral a la hora de otorgar valor a criterios irrelevantes, como las condiciones personales de salud, aspectos de la vivienda o inclusive el estilo de vida del aspirante a trabajador, para el ejercicio del empleo por el cual se postula, ya que estos criterios pueden sobrepasar los límites de la voluntad privada y la libertad de empresa y vulnerar los derechos fundamentales de los aspirantes, por lo cual se reitera que en estos procesos de selección se deben estudiar criterios objetivos en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación al empleo por el que se aspira.

Lo anterior cobra mayor relevancia en la actualidad, ya que se puede verificar la idoneidad del trabajador que se desea contratar, a través de fuentes más reveladoras de la personalidad, como la entrevista o incluso el manejo de las redes sociales de los aspirantes, siempre que estas sean públicas y se pueda acceder a ellas por la naturaleza de la libre circulación en el mundo digital, siempre que estos criterios tampoco se basen en aspectos evidentemente discriminatorios como creencias religiosas, pertenencias a partidos políticos, orientación sexual, entre otros (Cervantes, 2022).

Así pues, como se explicó anteriormente, si bien existe un vacío legal ante la regulación del uso de las pruebas de confianza en los procesos de selección en materia privada, el sector privado debe orientarse con el marco de protección que ha sido desarrollado en materia pública, ya que no existen diferencias en el sector público y privado en tratándose de los sistemas de empleos utilizados para vincular a su personal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-034, 2015). Situación que le exige al empleador razonabilidad constitucional en sus acciones, ya que la libertad de regulación de las empresas no es absoluta, pues debe respetar el marco jurídico y normativo de protección de los derechos de los trabajadores, incluyendo en los procesos de selección de los que hagan parte.

### **3. LÍMITE DEL DERECHO AL TRABAJO CON LA UTILIZACIÓN DE LAS PRUEBAS DE CONFIANZA EN EMPRESAS DE CARÁCTER PRIVADO**

En la resolución I adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 98ª reunión, se estableció una propuesta para atender la crisis actual en la que se encuentran los países que hacen parte de la Organización Internacional del Trabajo en un pacto basado en el trabajo decente:

Con el objeto de limitar el riesgo del desempleo de larga duración y de la extensión del empleo informal, fenómenos que son difíciles de invertir, tenemos que apoyar la creación de empleo y ayudar a la gente a encontrar trabajo. Para lograrlo, estamos de acuerdo en que el objetivo del empleo pleno y productivo y el trabajo decente debe ponerse en el centro de las respuestas a la crisis. Entre estas respuestas pueden figurar las siguientes:

...

2) ayudar a quienes buscan trabajo: i) aplicando políticas activas del mercado de trabajo eficaces y bien focalizadas; ii) mejorando las competencias y aumentando los recursos a disposición de los servicios públicos de empleo, de manera que quienes buscan trabajo reciban un apoyo adecuado y que cuando estos servicios colaboren con agencias de empleo privadas, se aseguren de la calidad de los servicios que éstas prestan y de que se respeten los derechos de los trabajadores; y iii) poniendo en práctica programas de formación profesional y de desarrollo de competencias empresariales tanto para personas con empleo asalariado como para personas con autoempleo (Conferencia Internacional del Trabajo, Resolución I de 2009).

Si bien la resolución sobre el trabajo decente fue expedida en el año 2009, es ahora cuando toma mayor relevancia, pues, con el paso de los años, la crisis económica en la que se encuentra Colombia va en crecimiento, reflejada en los altos índices de desempleo. Para junio de 2022, según cifras del DANE, el total nacional de desempleo fue de 11,3% y la tasa de informalidad en los meses de marzo a mayo de 2022 fue de 43,5% (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2022a; 2022b). Es aquí donde el Estado debe cumplir en mayor escala su obligación de crear políticas públicas para garantizar el acceso a un trabajo digno, velando porque no se pongan más obstáculos que los ya existentes para acceder a un puesto laboral.

Antes de la implementación del trabajo decente en Colombia, se hicieron algunas aproximaciones en torno a este concepto, algunos sectores consideraron como beneficiosas medidas como la atención al desempleado a través del Sistema de protección al cesante. Sin embargo, este tipo de medidas no se pueden tomar como una implementación de trabajo decente, ya que son más bien unos remedios que atacan la consecuencia, más no la raíz del problema.

Solo hasta el año 2015 con la Ley 1753, por medio de la cual se expide el Plan nacional de Desarrollo del periodo 2014-2018, se consagró en su artículo 74 que

El Gobierno Nacional bajo la coordinación del Ministerio del Trabajo, adoptará la política nacional de trabajo decente, para promover la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores de los sectores público y privado. Las entidades territoriales formularán políticas de trabajo decente en sus planes de desarrollo, en concordancia con los lineamientos que expida el Ministerio del Trabajo (Ley 1753, 2015).

Pese a lo anterior, la realidad es otra. En Colombia, el mercado de trabajo se caracteriza por el alto grado de informalidad, relacionado no solo con las peores formas de empleo, sino también con el riesgo al que se ven expuestos los trabajadores por ausencia de protección social. Esta es la razón por la cual el trabajo subterráneo o informal es la forma por elección de la mayoría de los trabajadores, pues les garantiza la subsistencia mínima para sobrevivir (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2016).

Las políticas públicas para generar empleo tienen muy pocos efectos en la obtención real de un trabajo formal; esto se puede evidenciar en el análisis de las cifras del DANE proporcionado por el Departamento Nacional de Planeación [DNP] (2020), donde se evidencia que en Colombia el trabajo está caracterizado por una alta tasa de informalidad, tercerización, pobreza, ofertas de trabajo precarizado, violencia sindical y poca negociación colectiva. En fin, más efectos negativos para la sociedad laboral, reflejados en desigualdad.

Aunado a lo anterior, el artículo 1 de la Constitución Política de 1991 sitúa a la dignidad humana como uno de los pisos axiológicos y

pilares fundamentales del Estado Social de Derecho (C.P., 1991), lo que supone que la misma debe verse reflejada en todas las demás consagraciones constitucionales. Adicionalmente, la Corte Constitucional estableció que el trabajo debe darse en condiciones dignas y justas con la consagración de los principios básicos del trabajo que aparecen en el artículo 53 constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-457, 1992).

Así, para garantizar esto, el Estado colombiano en el artículo 105 del Código Sustantivo del Trabajo establece como obligación general para las empresas privadas implementar un Reglamento Interno de Trabajo para tener reglas y procedimientos claros en la relación laboral (C.S.T., 1950). Dicho Reglamento, según lo estipulado en el artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo debe contener:

1. Indicación del empleador y del establecimiento o lugares de trabajo comprendidos por el reglamento.
2. Condiciones de admisión, aprendizaje y período de prueba.
3. Trabajadores accidentales o transitorios.
4. Horas de entrada y salida de los trabajadores; horas en que principia y termina cada turno si el trabajo se efectúa por equipos; tiempo destinado para las comidas y períodos de descanso durante la jornada.
5. Horas extras y trabajo nocturno; su autorización, reconocimiento y pago.
6. Días de descanso legalmente obligatorio; horas o días de descanso convencional o adicional; vacaciones remuneradas; permisos, especialmente lo relativo a desempeño de comisiones sindicales, asistencia al entierro de compañeros de trabajo y grave calamidad doméstica.
7. Salario mínimo legal o convencional.
8. Lugar, día, hora de pagos y período que los regula.
9. Tiempo y forma en que los trabajadores deben sujetarse a los servicios médicos que el empleador suministre.
10. Prescripciones de orden y seguridad.
11. Indicaciones para evitar que se realicen los riesgos laborales e instrucciones, para prestar los primeros auxilios en caso de accidente.
12. Orden jerárquico de los representantes del empleador, jefes de sección, capataces y vigilantes.

13. Especificaciones de las labores que no deben ejecutar las mujeres y los menores de edad.
14. Normas especiales que se deben guardar en las diversas clases de labores, de acuerdo con la edad y el sexo de los trabajadores, con miras a conseguir la mayor higiene, regularidad y seguridad en el trabajo.
15. Obligaciones y prohibiciones especiales para el empleador y los trabajadores.
16. Escala de faltas y procedimientos para su comprobación; escala de sanciones disciplinarias y forma de aplicación de ellas.
17. La persona o personas ante quienes se deben presentar los reclamos del personal y tramitación de éstos, expresando que el trabajador o los trabajadores pueden asesorarse del sindicato respectivo.
18. Prestaciones adicionales a las legalmente obligatorias, si existen.
19. Publicación y vigencia del reglamento (C.S.T., 1950).

Como se puede ver, se pone de manifiesto que es necesario adoptar un reglamento interno de trabajo. Sin embargo, respecto a los procesos de selección de nuevo personal en empresas privadas no hay una reglamentación específica. Se esperaría que éstas se limitaran a estudiar aptitudes intelectuales y de experiencia en los candidatos, es decir, el plan de vida que el trabajador desarrolle en su esfera íntima no debería significar ventajas o desventajas al momento de conseguir un empleo. Por lo tanto, el primer llamado de este trabajo investigativo, es la necesidad de reglamentar de manera concreta y específica los procesos de selección de personal en las empresas de carácter privado, haciendo énfasis en la fundamentación constitucional que debe orientar dicha reglamentación, tal es el caso del derecho al trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la dignidad humana.

Concatenado con lo anterior es necesario expresar que la autonomía de la voluntad privada ha facultado a las empresas para reglamentar sus procesos internos de selección de personal para estudiar la idoneidad del aspirante (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-694, 2013). Pese a ello, el principio de autonomía debe verse siempre limitado al ejercicio de la Constitución Política de 1991, razón por la cual, este ejercicio no debe violentar la intimidad del aspirante ni su dignidad humana, entendida esta última como el deseo de desarrollar su plan de vida como mejor le parezca.

Así las cosas, se podría decir que la aplicación de pruebas de polígrafo y de visitas domiciliarias por parte de empresas privadas para seleccionar su nuevo personal, puede generar un obstáculo innecesario en la generación de empleo en condiciones de dignidad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, debido proceso y buena fe ya que los límites interpuestos por el máximo órgano constitucional, el cual se ha encargado de limitar la autonomía de la voluntad privada de las empresas para proteger los derechos constitucionales en cabeza del aspirante a trabajador, no son muy claros respecto a las características que deben tener las pruebas de selección en las empresas privadas, dejándolos bajo sus propios criterios.

Además, es cuestionable la confiabilidad de los resultados obtenidos en dichas pruebas, ya que, por ejemplo, varios estudios han indicado que las pruebas de polígrafo no son 100% efectivas, lo cual debería ser motivo suficiente para que el empleador no pueda basar su decisión de contratar o no a una persona sólo con este criterio; además, no se ofrecen reglas concretas sobre las preguntas que va a recibir el aspirante en el interrogatorio con polígrafo pues se podrían generar situaciones de incomodidad, nerviosismo y ansiedad, circunstancias que pueden influir de manera negativa en el resultado de la prueba. Y en el caso de las visitas domiciliarias, se irrumpe en el entorno familiar del candidato, dejando al descubierto datos como aspecto de la vivienda, expresiones, hábitos familiares y, en general, se expone la privacidad de la persona, elementos que no podrían ser tomados como esenciales para contratar o no a un trabajador.

Por lo anteriormente expuesto, las empresas privadas que pretenden vincular nuevo personal a su planta laboral deben analizar criterios específicos que reflejen la idoneidad del concursante en aspectos relativos a su formación académica y experiencia profesional, sin inmiscuirse en temas como su entorno familiar, ubicación, aspecto de su vivienda y temas personalísimos sobre los cuales el aspirante tiene derecho a no revelar, ya que si bien el aspirante a trabajador aún no cuenta con los derechos que ostenta el trabajador ya vinculado a una empresa, sí tiene los derechos comunes de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, debido proceso y trabajo, que la Constitución Política de 1991 les garantiza a todos los habitantes del territorio colombiano, sin ningún tipo de discriminación.

Por lo tanto, se considera que los límites que se le ha impuesto a la autonomía de la voluntad de las empresas privadas para reglamentar sus procesos de selección de personal, también deben verse reflejados para proteger incluso los derechos de los aspirantes a trabajadores, permitiéndoles el derecho a acceder a un trabajo acorde a los postulados de la Constitución Política de 1991.

## **CONCLUSIONES**

Las pruebas de confianza le permiten al empleador encontrar al trabajador idóneo, a partir de sus cualidades o valores, ya que la empresa necesita garantizar un ambiente laboral seguro para todos sus colaboradores y también evitar situaciones de fraude o de ilegalidad. Dos de esas pruebas son la visita domiciliaria y la evaluación con el polígrafo, las cuales se encuentran avaladas por el principio de autonomía de la voluntad privada, pero también se encuentran limitadas por los derechos fundamentales que le asisten a los aspirantes a trabajadores.

Pese a lo anterior, en Colombia existe un vacío legal en la práctica de pruebas de confianza aplicadas en procesos de selección en empresas privadas. Hay regulación en este sentido en el sector público, pero es escasa y no otorga mayor protección al futuro trabajador. Asimismo, no existen reglamentaciones sobre las preguntas específicas que se le harían al aspirante ni se fijan parámetros de visitas a su domicilio, por lo que todo queda en manos de la autonomía del empleador.

Por lo anterior, es probable que exista vulneración de derechos constitucionales como la protección de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal, el debido proceso y la presunción de buena fe al aplicar pruebas de polígrafo y visitas domiciliarias, por lo que es necesario que se regule su aplicación en el país, pues el empleador debe basar sus procesos de selección en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad y no en aspectos personales de la vida privada del aspirante

Aunado a lo anterior, el uso de las pruebas de confianza estudiadas en el presente artículo, pone de presente la restricción del acceso a trabajo en condiciones de igualdad y dignidad, que imponen los empleadores a los aspirantes a trabajador, siendo contrario a los fines del Estado Social de Derecho, los cuales se basan la dignidad humana y la garantía del trabajo. En razón a ello, se deben establecer mecanismos que

le permitan al trabajador acceder a empleos que garanticen sus mínimos laborales y no por el contrario, avalar el uso de pruebas de confianza que lo obstaculizan.

Finalmente, a pesar de la escasa regulación que existe sobre la materia, es claro que los aspirantes a trabajador cuentan con garantías constitucionales, como el derecho a la intimidad personal, el debido proceso, la dignidad humana y la igualdad, los cuales deben ser objeto de protección y garantía por parte del empleador, inclusive cuando entre empleador y aspirante todavía no se configure una relación laboral en virtud de un contrato de trabajo.

## REFERENCIAS

- Argibay, J. (2016). Técnicas psicométricas. Cuestiones de validez y confiabilidad. *Subjetividad y Procesos Cognitivos*, (8), 2006, pp. 15-33.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Calle, J. A. (2020). *Módulo didáctico pruebas psicométricas*. Envigado: Institución Universitaria de Envigado (IUE).
- Centeno, B. J. (2020). La Confiabilidad Humana Estrategia para la Gestión de Activos. *Predictiva* (21).
- Cervantes, O. (2022, 10 de febrero). *El uso de redes sociales frente a las obligaciones y prohibiciones laborales*. Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/el-uso-de-redes-sociales-frente-las-obligaciones-y-prohibiciones-laborales>
- Congreso de la República de Colombia. (09 de junio de 2015). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. [Ley 1753 de 2015]. DO: 49.583
- Consejo de Estado, Sección Segunda. (25 de abril de 2019). Rad.11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15) [C.P: Ibarra, S.].
- Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.]. (1950). [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html)
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (13 de septiembre de 2013). Sentencia T-634 [M.P: Calle, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (14 de julio de 1992). Sentencia T-457 [M.P: Angarita, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (14 de septiembre de 2017). Sentencia T-574 [M.P: Linares, A.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (19 de noviembre de 1998). Sentencia T-694 [M.P: Barrera, A.].

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (24 de julio de 2000). Sentencia T-944 [M.P: Martínez, A.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (28 de enero de 2015). Sentencia C-034 [M.P: Pretelt, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (31 de julio de 2008). Sentencia T-768 [M.P: Vargas, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (5 de diciembre de 1996). Sentencia T-696 [M.P: Morón, F.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (08 de octubre de 2013). Sentencia T-694 [M.P: Pretelt, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (12 de febrero 2021). Sentencia T-031 [M.P: Rojas, A.].
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2022a). *Boletín Técnico Medición de empleo informal y seguridad social*. [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech\\_informalidad/bol\\_geih\\_informalidad\\_mar22\\_may22.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_geih_informalidad_mar22_may22.pdf)
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2022b). *Boletín Técnico Principales indicadores del mercado laboral. Empleo y desempleo*. [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol\\_empleo\\_sep\\_22.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_sep_22.pdf)
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2020). *Panorama Laboral a enero de 2020*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Social/Mercado%20Laboral%20enero%202020.pdf>
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (19 de febrero de 2016). Resolución 17. Por la cual se regula el proceso para la provisión definitiva de los empleos de libre nombramiento y remoción de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). [https://www.redjurista.com/Documents/resolucion\\_17\\_de\\_2016\\_dian\\_direccion\\_de\\_impuestos\\_y\\_aduanas\\_nacionales.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/resolucion_17_de_2016_dian_direccion_de_impuestos_y_aduanas_nacionales.aspx#/)
- Gil, J. (2007). La evaluación de competencias laborales. *Educación XXI*, 10(1), 83-106.

<https://revistas.uned.es/index.php/educacionXX1/article/view/298/254>

- Goyeneche, A. (2018). *Las pruebas de confiabilidad como herramientas para la toma de decisiones en los procesos de una organización*. [Ensayo Argumentativo, Universidad Militar Nueva Granada]. Archivo digital. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17970/GoyenecheMontenegroAstridCarolina2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Goyes, I. (2018). *Derecho Laboral individual con enfoque de derechos y perspectiva de género*. Editorial Universidad de Nariño. <https://sired.udenar.edu.co/6850/1/derecho%20laboral.pdf>
- Ministerio del Trabajo. (08 de marzo de 2021). Circular 0022/2021. Sobre la no exigencia de prueba de SARS-CoV-2 (COVID-19) por parte del empleador a trabajadores y aspirantes a un puesto de trabajo. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/61442826/Circular+0022.PDF/a858d468-707f-8d13-2790-2b43839a7ea7?t=161523561814>
- Conferencia Internacional del Trabajo. (2009). Resolución I. Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_113006.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_113006.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2016). *Soluciones eficaces: políticas activas del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe*. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_492374.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_492374.pdf)
- Simeón, L. (2018). *El ABC de las pruebas de medición psicológica*. Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. (26 de junio de 2008). Resolución 2417/2008. Por la cual se modifica la Resolución No. 2852 del 8 de agosto de 2006. <https://www.supervigilancia.gov.co/loader.php?IServicio=Tools2&ITipo=descargas&lFuncion=descargar&idFile=37>

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. (11 de diciembre de 2003). Resolución 2593/2003. Por la cual se autoriza y regula la utilización del polígrafo por parte de los Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada.

[http://www.avancejuridico.com/actualidad/documentosoficiales/2003/45412/r\\_svysp\\_2593\\_2003.html#:~:text=RESOLUCION%202593%20DE%202003&text=Por%20la%20cual%20se%20autoriza,de%20Vigilancia%20y%20Seguridad%20Privada.](http://www.avancejuridico.com/actualidad/documentosoficiales/2003/45412/r_svysp_2593_2003.html#:~:text=RESOLUCION%202593%20DE%202003&text=Por%20la%20cual%20se%20autoriza,de%20Vigilancia%20y%20Seguridad%20Privada.)

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. (08 de agosto de 2006). Resolución 2852/2006. Por la cual se unifica el Régimen de Vigilancia y Seguridad Privada.

<https://www.supervigilancia.gov.co/loader.php?lServicio=Tools2&lTipo=descargas&lFuncion=descargar&idFile=2011>

# APLICACIÓN DE FLEXIBILIDAD PROBATORIA CON ENFOQUE DE GÉNERO EN CASOS JUDICIALES LABORALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DOMÉSTICOS EN COLOMBIA

María Emilia Jurado<sup>18</sup>

Fecha de recepción: 4 de abril de 2022

Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2022

Referencia: Jurado, M. (2022). Aplicación de flexibilidad probatoria con enfoque de género en casos judiciales laborales de prestación de servicios domésticos en Colombia. *Revista Científica Codex*, 8(14), XX-XX.

## RESUMEN

El artículo presenta los resultados finales de la investigación “Aplicación de Flexibilidad Probatoria con enfoque de Género en casos judiciales laborales de prestación de servicios domésticos en Colombia”; desde la revisión documental de normas, jurisprudencia colombiana, jurisprudencia extranjera y tratados internacionales ratificados por Colombia”. En este artículo se dará a conocer la necesidad de utilizar perspectiva de género y flexibilidad probatoria en las decisiones judiciales frente al reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores domésticos en Colombia, pues esta actividad a lo largo de la historia y en la actualidad ha tenido que enfrentar abusos y detrimento de sus derechos, tanto por parte de la sociedad como del Estado.

En este artículo se expondrá un breve resumen de los antecedentes históricos del desarrollo normativo del trabajo doméstico en Colombia;

---

<sup>18</sup> Abogada egresada de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad de Nariño. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

cómo esa evolución ha permitido generar más beneficios y reivindicar derechos; posteriormente, se hará énfasis en la necesidad de asumir un enfoque de género frente a este tipo de trabajadores, en tanto las mujeres hacen parte de un grupo históricamente discriminado, al igual que la actividad doméstica. En ese mismo sentido, se atenderá que, a pesar de los avances normativos, jurisprudenciales e internacionales aplicables al ordenamiento jurídico colombiano, persiste la dificultad probatoria a la que se enfrentan estos trabajadores al momento de reclamar sus derechos laborales ante el juez de conocimiento; finalmente, se hace un comparativo entre la legislación colombiana y otras legislaciones, entre ellas la Argentina, donde se observa más desarrollo sobre el tema de la flexibilidad probatoria con enfoque de género en el trabajo doméstico.

**Palabras Clave:** Servicio doméstico, flexibilidad probatoria, enfoque de género, derechos laborales domésticos, desigualdad compensatoria.

## **ABSTRACT**

The article presents the final results of the research "Gender Perspective and Evidentiary Flexibility in matters of domestic service provision in Colombia"; in this article the importance and the need to use Gender Perspective and Evidentiary Flexibility in judicial decisions regarding the recognition of the labor rights of domestic workers in Colombia will be made known, since this activity throughout history and at present has had to face abuses and detriment of their rights both by society and the State.

This article will presents a brief summary of the historical background of domestic work in Colombia; how it came to acquire the benefits and rights it enjoys today; subsequently, emphasis will be placed on the need to assume a gender approach to this type of workers, since women are part of a group historically discriminated against as well as domestic activity. In the same sense, it will be noted that, in spite of the jurisprudential and international advances applicable to the Colombian legal system, the evidentiary difficulties faced by these workers when claiming their labor rights before the judge of knowledge persist; Finally, a comparison is made between Colombian legislation and other legislations, including Argentina, where there is more development on the issue of evidentiary flexibility with a gender perspective in the provision of domestic service.

**Keywords:** Domestic service, evidentiary flexibility, gender approach, domestic labor rights, compensatory inequality.

## INTRODUCCIÓN

Con la constitucionalización del derecho laboral, los avances jurisprudenciales y la normatividad internacional aplicable al ordenamiento jurídico colombiano, el servicio doméstico se ha visto en constante desarrollo y visualización; sin embargo, esto no habría sido posible sin las luchas sociales emprendidas por los trabajadores, de ahí que se hable del derecho laboral como un derecho social, donde la política social de un Estado juega un papel esencial y determinante.

Es de anotar que fue con la Ley 1595 de 2012<sup>19</sup>, aprobatoria del Convenio 189 de la OIT, por medio de la cual se le reconoció al servicio doméstico todas las características propias de un contrato laboral, es decir, que el trabajador tiene los mismo derechos y beneficios consagrados para cualquier actividad que cumpla los requisitos del Código Sustantivo del Trabajo, para que dé paso a la existencia de una relación laboral.

Ahora, si bien se han reconocidos derechos y beneficios a estos trabajadores, es importante recalcar que, frente a la parte probatoria, se encuentran serias debilidades que deben ser estudiadas, investigadas y desarrolladas, en aras de materializar el principio de la desigualdad compensatoria que debe existir entre el empleador y el trabajador doméstico. Aunque la ley consagre la existencia de la carga dinámica de la prueba a favor del trabajador, también es cierto que este mecanismo, en muchos de los casos judiciales de los trabajadores domésticos, no genera mayor beneficio, como se detallará lo largo de este artículo.

Esta investigación realiza una revisión textual reflexiva de las principales normas laborales, las cuales han influido directamente en el marco jurídico del servicio doméstico en Colombia, normas que le han permitido al trabajador reivindicar en parte sus derechos laborales, pues persiste la discriminación y abuso de estos trabajadores; entre ellos, el hecho de demostrar la existencia de una relación laboral, labor que incide directamente en el tema probatorio. Ahora, aunque las Altas Cortes hayan determinado flexibilidad probatoria en materia laboral, no deja de ser

---

<sup>19</sup> Artículo 6. Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad (Ley 1595, 2012).

difícil en la práctica, pues la carga dinámica de la prueba en este caso en específico no genera un beneficio real, en tanto es el empleador quien debe aportar al proceso las pruebas, estando en mejor posición para ello, situación que coloca en desventaja al trabajador doméstico, pues de un empleador evasor de derechos laborales no se puede esperar el reconocimiento de jornadas laborales, extremos temporales y mucho menos la prestación continua del servicio.

Desde esta perspectiva se hace el análisis textual reflexivo de la flexibilidad probatoria con aplicación de enfoque de género en casos judiciales laborales domésticos, en donde la búsqueda de la verdad real requiere de la aplicación de estos mecanismos. De ahí que el presente trabajo fija su atención en investigar y estudiar si estos mecanismos con enfoque de género realmente se aplican por el juzgador al momento de realizar la valoración probatoria y el fallo.

La investigación, entonces, busca demostrar que es necesario e ineludible aplicar flexibilidad probatoria con enfoque de género dentro del ámbito probatorio laboral de trabajadores domésticos, pues existen vacíos en el ordenamiento jurídico frente al tema en específico, los cuales se reflejan en la problemática social que enfrenta hoy en día el servicio doméstico. La especial relevancia de estos estudios radica en la intención de mejorar los procesos de aplicación, garantías y cumplimientos de los derechos laborales domésticos; logrando que la administración de justicia competente mire hacia las causas directas de la situación que afrontan los trabajadores domésticos en el tema probatorio.

## **METODOLOGÍA**

La presente investigación es de carácter cualitativo, con enfoque crítico social, en tanto el campo de estudio fue el desarrollo y análisis de la legislación laboral, jurisprudencia y convenios internacionales ratificados por Colombia que benefician o reconocen derechos de los trabajadores domésticos; buscando específicamente en estos instrumentos legales el concepto y aplicación de la flexibilidad probatoria con enfoque de género, los cuales deberían verse reflejados en las decisiones judiciales en casos laborales de trabajadores domésticos. Como mecanismo de recolección de información se utilizó los diferentes tipos de fuentes teóricas como son trabajos de análisis de documentos profundos y complejos; artículos científicos, sentencias judiciales de las Altas Cortes, casos particulares de demandas laborales domésticas en Colombia, así como casos judiciales de otras legislaciones.

El artículo interpreta la aplicación normativa en contextos particulares con el fin de obtener un conocimiento específico, las fuentes de información proporcionaron las bases para continuar el proceso de reconocimiento de la problemática implícita en el objetivo del estudio, para determinar así la relación de la realidad social y las consideraciones generales que existen en la reglamentación laboral de los trabajadores domésticos; logrando establecer la conexión del proceso probatorio con el marco jurídico colombiano, de ahí que la metodología para la investigación sea netamente cualitativa, garantizando un resultado sobre la base de un conocimiento completo, actual y veraz.

## **1. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

Para el desarrollo de los resultados en cada situación, primero se contextualizará el tema, posteriormente se puntualizará el hallazgo y finalmente se presentará la discusión.

### ***1.1. Iniciando con los antecedentes***

El artículo de la Universidad Católica de Colombia, denominado “Evolución normativa del trabajo doméstico en Colombia”, contiene un compendio resumido y práctico de la evolución normativa del trabajo doméstico en Colombia, del cual se tomará la cronología de las normas para el desarrollo de este acápite.

Empezando por señalar que el trabajo doméstico desde la historia se ha relacionado con las labores de la casa u hogar, en donde en sus inicios podría hablarse que se realizaba en condiciones de esclavitud, pues la generalidad era que esta labor era asumida por la clase menos favorecida, es decir, por el campesinado, la persona de color o las personas con menor capacidad económica (Londoño, 2017). Es en ese entendido que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y demás organizaciones internacionales protectoras de los derechos de los trabajadores han concluido que el trabajo doméstico se asocia con patrones de discriminación por género, cultura, condición económica entre otros. Situación que no solo se presentaba en Colombia sino en toda Latinoamérica (Londoño, 2017).

Continuando con la evolución normativa; para la segunda mitad del Siglo XIX, en Colombia empieza el desarrollo industrial, por lo que la gente del campo empezó desplazarse a la ciudad, con lo cual también surgen cambios en el trabajo doméstico (Londoño, 2017). En este punto es donde el campesino, el gitano, el afrocolombiano, entre otros, llegan a la ciudad y su mayor o única posibilidad de generar ingresos se visualiza

en el trabajo doméstico, el cual no requería de mayores conocimientos para ser realizado; y es entonces que los hogares de las ciudades reciben a esta población rural, beneficiándose de sus servicios a un precio muy bajo y sin obligaciones legales que detentar. Cabe decir que, para esta época, la mayoría de trabajadores domésticos eran mujeres, pues desde la antigüedad la mujer siempre ha sido considerada como la mejor opción para realizar las labores de casa.

Para ese tiempo de industrialización y urbanización, el trabajo doméstico no era considerado como un contrato laboral; es decir, no tenía la connotación de una relación laboral, por lo tanto, no existía un contrato de trabajo escrito entre el empleador y el trabajador doméstico (Londoño, 2017). Lo anterior denota, como bien lo expresa el autor, que, aunque el trabajo doméstico contara con todos los requisitos que hoy en día requiere un contrato laboral, no era considerado como tal, pues el auge del momento era la industria y la urbanización; así que el trabajador doméstico debía seguir trabajando bajo la subordinación del jefe del hogar o de quien hacía sus veces, cumpliendo una jornada laboral que, en la mayoría de los casos, (por no decir en todos) era de 24 horas al día; en tanto el trabajador doméstico o “la criada” (como se le denominaba para ese entonces y hasta en la actualidad) vivía en la casa a la cual servía y, de igual manera, recibía una remuneración que por lo general era en especie y de poco dinero, pues el trabajador también se beneficiaba de un techo y comida, pero sin los derechos y beneficios de un contrato laboral.

Pasó mucho tiempo antes de que el trabajo doméstico se entendiera o se le diera la validez de un verdadero contrato de trabajo. Sin embargo, y como se mencionó anteriormente, fue con las luchas sociales que se reivindicaron muchos de los derechos de estos trabajadores, pues con la Ley 10 de 1934 en su artículo 12<sup>20</sup>, reglamentada en el Decreto 652 de 1935, todavía se consideraba al servicio doméstico como un contrato de arrendamiento, tal y como lo establecía el Código Civil.

Posteriormente, se imprime la Ley 6 de 1945<sup>21</sup>, la cual, si bien daba beneficios a los trabajadores, es claro que en ella no se incluían a los

---

<sup>20</sup> Artículo 12. Se entiende por empleado particular, para los efectos de esta Ley, toda persona que, no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial, en virtud de sueldo o remuneración periódica o fija, participación de beneficios o cualquiera otra forma de retribución. Se entiende por patrono, la persona por cuya cuenta se realice el trabajo del empleado. Si esta persona obra como intermediario entre el dueño de la empresa o negocio y el empleado, serán responsables solidariamente del cumplimiento de las disposiciones establecidas por esta Ley, el dueño y el intermediario (Ley 10, 1934).

<sup>21</sup> Artículo 3. Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los casos de grave peligro; ni al servicio doméstico. Artículo 13, numeral 2. Lo dispuesto en el artículo anterior no se aplica a los casos

trabajadores domésticos; por lo tanto, hasta el momento tampoco puede hablarse de la existencia de un contrato de trabajo para este tipo de trabajadores. Aunque con el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6 de 1945, se estipuló en su artículo 58 que debía reglamentarse varios contratos, entre ellos el servicio doméstico. Es así que, mediante la Ley 90 de 1946, se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y surge un avance normativo importante enfocado en el deber de afiliación al seguro de los trabajadores domésticos.

Con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo se cambia la postura y la normatividad respecto de considerar al servicio doméstico como un contrato de arrendamiento, pues se deroga esta disposición del Código Civil que suprimía a los trabajadores domésticos a una mera mercancía. Hasta aquí, podría pensarse que el panorama se veía halagador para este sector, pero la realidad era y es otra, pues como bien lo describe Londoño (2017), se esperaba que con la expedición de esta Ley la situación legal de los trabajadores domésticos cambiaría, pero no fue así, por cuanto el trabajador doméstico seguía con las mismas condiciones que le ofrecía el contrato de arrendamiento, es decir, los trabajadores domésticos seguían realizando las mismas labores, con el mismo salario y jornada, convirtiéndose la norma en letra muerta, que no genera ningún cambio o beneficio para ellos.

Es importante manifestar que, frente a esta evolución normativa del trabajo doméstico, se encuentra implícita una discriminación específica sobre la persona del trabajador doméstico como de la actividad en sí, pues, como se relataba en párrafos anteriores, esta labor era propia de las mujeres y no por el solo hecho de ser mujer sino por ser campesina, afro o pobre, entre otras. Desde aquí ya se empieza a caracterizar a este trabajo, distinción negativa que genera discriminación y vulneración de los derechos laborales de los trabajadores domésticos.

Es entonces que, desde la historia, se puede corroborar que al trabajador doméstico no se le ha dado el reconocimiento y significado que realmente merece; no se habían desarrollado normas laborales con perspectiva de género que permitieran generar esa desigualdad compensatoria propia del derecho laboral y que en la actualidad se aplica

---

siguientes, a menos de disposición legal especial o estipulación contractual en contrario. A los criados domésticos que sirvan en casas de familia, los cuales apenas tendrán derecho al pago íntegro de su sueldo y a la asistencia médica y farmacéutica corriente, hasta por un mes, en caso de enfermedad; al salario de dos semanas por cada año de servicios o fracción de año no inferior a cuatro meses, en caso de despido sin justa causa, o en todo caso después de cinco años de servicios continuos; y en caso de muerte, a que el patrono sufrague los gastos indispensables del sepelio (Ley 6, 1945).

en virtud de los principios laborales especiales, avances jurisprudenciales y aplicación de convenios internacionales.

Esta discriminación histórica (muy importante para el tema investigado, por cuanto se hace con enfoque de género), es analizada muy elocuentemente en el libro “Derecho Laboral Individual con Enfoque de Derechos y Perspectiva de Género” de la Doctora Isabel Goyes Moreno, en el cual, dentro del capítulo denominado “Los Contratos Especiales” se hace referencia especial al servicio doméstico, donde realiza un recorrido histórico sobre el desarrollo de estos contratos. De ese recorrido histórico, se extraerá y analizará la importancia de la utilización de perspectiva de género en el ámbito laboral y, en especial, en el trabajo doméstico. Para Goyes (2018), esta actividad se encuentra relacionada con el trabajo que realizaban las mal llamadas “criadas”, las cuales carecían de posibilidades para subsistir, siendo protegidas por familias que se beneficiaban de su trabajo a cambio de vivienda, alimentación y vestido.

En este punto, Goyes (2018) hace un análisis real y asertivo sobre lo que realmente ha sido el trabajo doméstico a lo largo de la historia, considerando que la invisibilidad del trabajo doméstico está ligada a la invisibilidad del trabajo de las mujeres en el hogar, quienes, para algunos de los integrantes de sus familias, en un lenguaje coloquial “no hacen nada”. Mucha razón tiene la doctora Goyes (2018) al manifestar que “sin esta actividad, las demás personas no dispondrían de las facilidades para asumir con eficiencia sus respectivos roles en el mundo laboral y social” (p. 227).

Apreciación importante del texto para la investigación es el trabajo que realiza la OIT en la protección de los derechos laborales, la cual, a través del Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo, sobre el trabajo doméstico ha reconocido y evidenciado que la vulnerabilidad de estos trabajadores proviene de la subordinación y de su estrecha relación con la familia a la cual sirve, pues las labores se realizan dentro del hogar en el domicilio de los empleadores (Organización Internacional del Trabajo [OIT], como se citó en Goyes, 2018). De allí que sea tan difícil la parte probatoria dentro de un proceso laboral, donde los protagonistas principales y poseedores de la verdad real sean los empleadores y el trabajador, situación que pone en desventaja al trabajador.

Desde la postura de Goyes, se puede ver cómo esta escritora aborda en su texto la importancia de utilizar enfoque de género en el derecho laboral, pues considera a lo largo del texto las diferentes connotaciones que tienen los hombres y las mujeres en la vida laboral,

segregando a estas últimas al plano de las labores de casa y crianza de los hijos, pero sin ningún valor o contribución para la sociedad, siendo que fue con las luchas sociales que se logró reivindicar parte de los derechos laborales de estos trabajadores; sin embargo, no deja de existir la vulneración y discriminación hacia esta actividad laboral.

### **1.2. Desde la constitucionalización del derecho laboral**

Con la Constitución de 1991 en sus artículos 25 y 53<sup>22</sup> y los avances jurisprudenciales, se empezó a mostrar mayor sensibilidad y visibilidad frente a esta clase de trabajadores, pero fue con la Ley 1595 de 2012, por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos” (número 189) de 2011 y vía jurisprudencial, donde desde el preámbulo se reconoce el valor y el aporte de esta labor doméstica, defendiendo así los derechos fundamentales desarrollados por la nueva Corte Constitucional. En el preámbulo de este Convenio se especifica:

Reconociendo la contribución significativa de los trabajadores domésticos a la economía mundial, que incluye el aumento de las posibilidades de empleo remunerado para las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, el incremento de la capacidad de cuidado de las personas de edad avanzada, los niños y las personas con discapacidad, y un aporte sustancial a las transferencias de ingreso en cada país y entre países (Organización Internacional del Trabajo [OIT], C189 de 2011).

---

<sup>22</sup> Artículo 25. “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991).

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991).

De este aparte del Convenio, es claro que el trabajo doméstico forma parte fundamental en el desarrollo de la sociedad y de cada país, pues son estos trabajadores los encargados de facilitar la vida a las personas que trabajan fuera de su hogar, de allí la necesidad de proteger a este tipo de personas a las cuales se les ha vulnerado históricamente su trabajo, sin reconocerles sus derechos. Desde aquí ya se vislumbra la importancia de aplicar flexibilidad probatoria con enfoque de género en las decisiones judiciales al momento de garantizar derechos laborales, pues, como se mencionó anteriormente, no se puede volver a discriminar y subvalorar esta labor en los estrados, colocando al trabajador doméstico a demostrar una relación laboral donde dicha actividad se desarrolla al interior del hogar.

Dicho lo anterior, se puede expresar que fue con los pronunciamientos de las Altas Cortes en casos concretos que en Colombia se empezaron a materializar los derechos laborales de los trabajadores domésticos, como se puede observar en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, entre ellas: la Sentencia C-051 de 1995, que efectuó uno de los primeros y más importantes pronunciamientos respecto de los trabajadores domésticos, en este caso, sobre el auxilio de las cesantías, en donde manifestó que:

Si el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores. La limitación del auxilio de cesantía se opone a la elevación del nivel de vida de los servidores domésticos, elevación impuesta por la solidaridad social (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-051, 1995).

En la anterior sentencia se puede observar que la Corte valoraba el trabajo doméstico, en cuanto reconoció el derecho a las cesantías a los trabajadores domésticos. Sin embargo, la Corte mantuvo el carácter discriminatorio de la actividad doméstica, al manifestar que: “(...) el hogar, la familia, no es una empresa y no genera utilidades” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-051, 1995). Como consecuencia de esta afirmación, declaró legal que se excluyera a los trabajadores domésticos del pago de la prima de servicios; situación que, en años posteriores, cambiaría al reevaluar tal decisión en sentencia C-871 de 2014, en tanto tal postura preservaba una concepción errónea del trabajo doméstico, concluyendo que “el trabajo doméstico genera beneficios económicos y sociales a las familias, pues les permite salir del hogar para generar ingresos y brindar cuidado a las personas más vulnerables del hogar (niños y ancianos)” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-

871, 2014.); debiendo la Corte exhortar al Congreso para que implemente el pago de prima de servicios, expidiéndose posteriormente la Ley 1788 de 2016, por medio de la cual se garantiza el derecho de la prima de servicios a los trabajadores domésticos.

Es así que, a través de estas sentencias, Colombia ha reivindicado en parte los derechos laborales de los trabajadores domésticos. Sentencias como la SU-062 de 1999, en la cual se concede el amparo a una trabajadora doméstica que trabajó por más de 17 años y nunca el empleador le reconoció prestaciones sociales ni afiliaciones al Sistema de Seguridad Social, ordenando al empleador cancelar un salario mínimo hasta que la justicia ordinaria resuelva (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-062, 1999); la sentencia C-967 de 2003, donde se estableció que la base mínima de cotización era el salario mínimo, incluyendo a las personas del servicio doméstico (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-967, 2003); la sentencia T-014 de 2015, en la cual se establece que a los trabajadores domésticos se les debe garantizar condiciones mínimas y dignas de trabajo (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-014, 2015); y, finalmente, la sentencia T-185 de 2016, donde se concede el amparo a una trabajadora por despido injustificado después de haber sido diagnosticada con leucemia, ordenando el pago mensual de un salario mínimo hasta que resuelva la justicia ordinaria, entre otras (Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, T-185, 2016).

En este sentido, teniendo en cuenta las anteriores sentencias, tanto para la Corte como para el tratadista Cifuentes (2019) “el trabajo doméstico, por sus especiales características y la situación de vulnerabilidad de quienes lo ejecutan, demanda la protección del Estado a fin de que sea reconocido legal y socialmente como una actividad laboral merecedora de derechos” (p. 46). Desde aquí, la jurisprudencia colombiana ha entendido que el trabajo doméstico, por sus connotaciones especiales y desde la discriminación histórica que ha sufrido, necesita una protección específica, en aras de proteger la dignidad del trabajador doméstico que siempre ha permanecido en la invisibilidad del hogar, hasta que deciden luchar por el respeto y reivindicación de sus derechos que, aunque se encuentran consagrados en leyes o instrumentos internacionales, si no se materializan, seguirán siendo letra muerta.

Como ya se expresó en párrafos anteriores, con la Ley 1595 de 2012 no solo se reivindicaron muchos de los derechos laborales de los trabajadores domésticos, sino que, además, se estableció que esta actividad debería ser realizada garantizando la dignidad humana de los

trabajadores. Es así que se habla también de trabajo decente, digno y justo. Es importante recordar en este acápite cómo la Ley en sus artículos 1 y 2 define y caracteriza al trabajo doméstico, cuando expresa que:

Artículo 1. (a) la expresión trabajo doméstico designa el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos; (b) la expresión trabajador doméstico designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo; (c) una persona que realice trabajo doméstico únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considera trabajador doméstico.

Artículo 2. 1. El presente Convenio se aplica a todos los trabajadores domésticos (Ley 1595, 2012).

En conclusión, con el Convenio 189 de la OIT se materializan en parte los derechos laborales de los trabajadores domésticos, en tanto este Convenio busca la igualdad positiva y la equidad de estos trabajadores con respecto a los demás contratos de trabajo existentes, pues obliga a los Estados ratificantes del Tratado a crear normatividad que regule el tema de prestaciones sociales y seguridad social, siempre propendiendo por el bienestar y la dignidad de los trabajadores domésticos.

De igual manera, después de la Ley 1595 de 2012, se siguieron promoviendo nuevos avances en cuanto a derechos laborales de trabajadores domésticos se refiere, pues con el Decreto 2616 de 2013, se regularon las diferentes formas de cotización a seguridad social, es decir, cuando el trabajador laboraba por días o semanas, también debía ser afiliado por su empleador en aras de protegerlo de las contingencias propias comunes o profesionales que puede sufrir durante estos tiempos cortos de labor.

Como se puede observar, el trabajo doméstico siempre ha estado expuesto a innumerables tipos de discriminación social, económica, política y cultural; situación que se redujo, pero que no ha cambiado en su totalidad; pues, si bien con la Constitución de 1991, los aportes de la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia colombiana se ha tratado de proteger a este tipo de trabajadores, en la actualidad los empleadores siguen menospreciando esta labor al no reconocer salarios justos, jornadas máximas y afiliaciones a sistemas de seguridad social.

En ese orden de ideas, es claro que la discriminación y subvaloración que se hace del trabajo doméstico continúa; por ello, se hace necesario, sobre todo en asuntos jurídicos de prestación de servicio doméstico, la aplicabilidad de perspectiva de género y flexibilidad

probatoria, en tanto, si bien se desarrolla ampliamente el tema de la perspectiva de género en sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia respecto del derecho al trabajo doméstico, muy poco énfasis se hace en la flexibilidad probatoria y aplicación de perspectiva de género en la parte específica de pruebas; suceso esencial para proteger los derechos laborales de estos trabajadores para garantizar la desigualdad compensatoria.

### ***1.3. Desde el marco normativo internacional sobre perspectiva de género y flexibilidad probatoria en asuntos de prestación de servicios domésticos***

Es importante tratar el tema de la normatividad internacional en esta investigación, pues la OIT ha hecho grandes avances, no solo en el tema de la protección al trabajador doméstico, sino frente al enfoque de género que debe dársele a situaciones específicas, haciendo un llamado a los países miembros a flexibilizar todo aspecto que tenga que ver con derechos laborales. Considerando entonces, como lo dice la OIT en la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo:

(...) Es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2010, pp. 5-6).

Se puede dilucidar que, bajo ningún motivo se puede discriminar el trabajo doméstico y mucho menos vulnerarse como históricamente se lo hacía y se sigue haciendo a pesar de los avances legislativos, pues, en Colombia, el trabajo doméstico sigue ejerciéndose de manera informal, sin ninguna cobertura a salud, pensión y prestaciones sociales, situaciones que son aceptadas por el trabajador doméstico debido al alto porcentaje de desempleo que hay en Colombia. Aquí es importante traer a colación lo ambiguo que pueden llegar a ser estos avances normativos en la práctica del derecho en favor de los trabajadores domésticos.

Frente a lo anterior, se puede decir que tienen razón como también que no, por cuanto las familias que cuentan con la capacidad económica para solventar una empleada o empleado de servicio la o lo contratará, asumiendo todas los deberes y obligaciones legales que se tiene para con

el trabajador, situación muy benéfica y garantista para el trabajador, que mejorar su calidad de vida y la de sus familiares.

Ante esas dos posturas, se puede extraer que las dos son ciertas y reales, pues es la situación actual que se afronta; por ello, cuando se presta asesoría sobre estos temas, se suele aconsejar que, si cuenta con los recursos económicos para garantizar a un empleado o empleada de servicio todos los requisitos legales, se puede contratar; de lo contrario, estará expuesto a una futura demanda por el reconocimiento de una relación laboral y de todos los derechos laborales que se generen de ese contrato. Ahora, lo que manifiestan los trabajadores domésticos es cierto: antes se pagaba conforme a la capacidad económica del empleador, que comúnmente es menos del mínimo, pero contaban con un ingreso, pero muchos fueron despedidos de su trabajo porque el empleador no quería exponerse a una demanda laboral al no poder garantizar todos estos derechos laborales. Aun así, Colombia como país miembro debe acatar a cabalidad los principios consagrados en los convenios ratificados, entre ellos el Convenio 189 de la OIT.

Regresando al tema de la OIT, sobre el tema de los trabajadores domésticos, es importante resaltar que fue a través de la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, donde se declara que: “la igualdad de género y la no discriminación deben considerarse cuestiones transversales en el marco de los objetivos estratégicos” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2008, p. 12). Se denota que esta conferencia busca la igualdad de género y la no discriminación en todos los ámbitos laborales, incluida la administración de justicia, pues si bien es donde se espera una mayor protección, suele pasar que los jueces vulneran estas garantías al momento de exigir material probatorio que solo se encuentra a disposición del empleador en el caso de los trabajadores domésticos.

Esta conferencia es importante porque toma los valores y principios recogidos en la Constitución de la OIT y los refuerza para hacer frente a los desafíos del siglo XXI, recalcando la importancia de asumir las responsabilidades contemporáneas, pues aún continúan situaciones de abuso de los derechos laborales; buscando con esta declaración forjar una convergencia eficaz de las políticas nacionales e internacionales que conduzcan a una globalización equitativa y a un mayor acceso al trabajo decente para hombres y mujeres en todo el mundo; asegurando que los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una

eficacia sostenibles en materia económica y social (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2008).

Ahora, si bien en los anteriores documentos se observa una clara protección y avance sobre el derecho de los trabajadores desde la OIT, no se puede dejar de mencionar la publicación de la OIT denominada “Las Reglas del Juego: Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo”, la cual trata aspectos importantes de la investigación, porque explica cómo se elaboran y se aplican las Normas Internacionales del Trabajo, es decir, ofrece una reseña de la política normativa de la OIT para facilitar la comprensión y la asimilación por parte de los mandantes tradicionales de la Organización, así como de los miembros del sistema de las Naciones Unidas, de las personas que no son expertos en la materia y de la opinión pública en general. En esta publicación, en la parte de igualdad de oportunidades y de trato, se hace énfasis especial en que:

Ninguna sociedad está libre de discriminación. La discriminación en el empleo y la ocupación es un fenómeno universal y en permanente evolución. En todo el mundo, se niega el acceso al trabajo y a la formación a millones de mujeres y de hombres, reciben salarios bajos o se ven confinados a determinados puestos de trabajo simplemente por motivos de género, color de la piel, origen étnico o creencias, sin tener en cuenta sus capacidades y cualificaciones (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2019, p. 45).

De igual manera, en este texto la OIT manifestó que las normas sobre la igualdad aportan herramientas para eliminar la discriminación en todos los aspectos relativos al lugar de trabajo y en la sociedad en general. También proporcionan los cimientos sobre los que deben aplicarse las estrategias de integración en cuestiones de género en el ámbito del trabajo. De ahí que el Convenio sobre igualdad de remuneración (núm. 100) de 1951, dispone que los Estados que lo ratifiquen deben garantizar a todos los trabajadores “la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], C100 de 1951).

La OIT ha hecho importantes pronunciamientos sobre el tema en particular de los trabajadores domésticos, pero el texto “Las Reglas del Juego” relata que “en muchos países, los trabajadores domésticos se ven atrapados en situaciones de trabajo forzoso y en muchos casos se les impide, mediante amenazas o violencia, dejar la casa de sus empleadores”

(Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2019, p. 39); situación que genera desconcierto, pues no se puede ni pensar que un trabajador doméstico pueda ser un esclavo como en la antigüedad. Por eso, la OIT (2019) ha informado que:

Los trabajadores domésticos constituyen una proporción significativa de la fuerza de trabajo mundial en el empleo informal y se encuentran entre los grupos de trabajadores más vulnerables. Trabajan para casas particulares, a menudo sin un contrato de trabajo formal, sin estar registrados y de esa manera quedan excluidos del alcance de la legislación laboral (p. 86).

En el documento “Las Reglas del Juego”, se menciona también que en el Convenio sobre los trabajadores domésticos, (núm. 189) de 2011 y la Recomendación núm. 201 se prevé que “los trabajadores domésticos de todo el mundo que se ocupan de familias y del servicio de mantenimiento de sus viviendas deben gozar de los mismos derechos laborales básicos que el resto de los trabajadores” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2019, p. 86), así como el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

En el documento “Las Reglas del Juego”, la OIT (2019) hace una apreciación interesante y es que “hasta el presente, 25 países han ratificado el Convenio núm. 189, y la mayoría de ellos han adoptado medidas para aplicar sus disposiciones. Por ejemplo, Costa Rica ha ampliado el acceso a la seguridad social a todos los trabajadores domésticos” (p. 87). De igual manera, Uruguay ha adoptado medidas para autorizar la inspección del trabajo, velando al mismo tiempo por el respeto del domicilio familiar. Otros países que establecían un salario mínimo para los trabajadores domésticos que percibían un salario inferior al salario mínimo, como Argentina, han adoptado estrategias encaminadas a incrementar los salarios de esos trabajadores, permitiéndoles así llevar una vida digna para ellos y sus familias (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2019).

En este documento no se hizo referencia a la situación actual legal o avances jurisprudenciales de Colombia respecto de los trabajadores domésticos como sí se hizo respecto de Argentina, Uruguay y Costa Rica; sin embargo, debe anotarse que Colombia sí ha generado cambios normativos en el servicio doméstico, pues ha ratificado los Convenios número 100 y 189, además de ser Estado miembro de la OIT, por lo tanto, debe acatar tanto los Convenios ratificados como el preámbulo y articulado de la Constitución del mismo.

Como se puede observar en los pronunciamientos de la OIT, es evidente la discriminación y vulneración que han afrontado y enfrentan actualmente los trabajadores domésticos, pues, como claramente lo manifiesta la OIT, el trabajo doméstico se realiza al interior de un hogar, donde es difícil conocer lo que realmente sucede; sin embargo, no se habla mucho de la flexibilidad probatoria en materia judicial, aunque sí la podemos observar en legislaciones de otros países como en Argentina que, en aras de materializar los convenios internacionales, ha generado leyes de protección y flexibilización con enfoque de género, como se verá continuación.

#### ***1.4. Desde la flexibilidad probatoria para trabajadores domésticos en el derecho comparado***

Para esta investigación, se tomó como punto de comparación al país de Argentina por sus avances normativos y jurisprudenciales respecto al tema laboral en trabajadores domésticos desde la flexibilidad probatoria y perspectiva de género. Para este análisis se toma como referencia el documento emitido por la oficina de país de la OIT para la Argentina, denominado “Trabajadoras Domésticas y Protección Social en Argentina: Avances y Desafíos Pendientes”, el cual detalla que el servicio doméstico en Argentina fue el último en regularse, pues no fue sino hasta 1956, a través del Decreto 326/56, que se estableció el primer marco normativo; sin embargo, si bien el decreto proporcionaba beneficios como vacaciones, licencia de enfermedad e indemnizaciones, estas eran por menos tiempo y por montos inferiores. Aunado a ello, no se contempló el derecho a la licencia de maternidad (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017).

De acuerdo con el texto en mención, en 1999 Argentina mejoró ciertas condiciones de esta labor, pues, aunque en este país es obligatorio el registro de los y las trabajadoras domésticas, no se hacía cuando trabajaban menos de 6 horas semanales. Sin embargo, para 1999 esta situación cambió y se ordenó registrarlos si desempeñan al menos 6 horas semanales; garantizando un plan médico obligatorio; sin embargo, quedaban por fuera las trabajadoras domésticas que no cumplían con los requisitos de horas y empleador. Para el 2013, en Argentina se incluye a todas las trabajadoras domésticas que se encontraban por fuera de la regulación (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017).

Como se puede observar, en Argentina al igual que en Colombia, así como en otros países, el servicio doméstico se enfrenta a discriminaciones y desigualdades respecto de otras actividades laborales; en tanto,

mientras en Colombia se reconocía cesantías, se negaba el derecho a prima de servicios a los trabajadores domésticos como se resaltó anteriormente. En Argentina, mientras se obligaba al registro del trabajador doméstico, se les negaba los beneficios médicos obligatorios a aquellos trabajadores que no cumplieran con más de 6 horas semanales. Sin embargo, en las dos legislaciones, estas situaciones cambiaron gracias a los avances normativos y jurisprudenciales.

Ahora, tanto en Colombia como en Argentina se habla y desarrolla el tema de la discriminación a este tipo de trabajadores, teniendo que ser las Altas Cortes quienes protejan los derechos laborales a través de la aplicación de principios constitucionales especiales laborales y, en ocasiones, exhortando al Congreso para que legisle en aras de garantizar los derechos constitucionales de los trabajadores. En Colombia es la hora que no se ha expedido el estatuto del trabajo, necesario y de vital importancia, pues siendo el derecho laboral un derecho social, no puede regirse por las normas del derecho privado, pues como lo ha manifestado en varias oportunidades la OIT y la jurisprudencia no solo colombiana, el trabajo no es una mercancía.

Frente a esta desigualdad y discriminación, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte de Argentina citados por la OIT, estas Cortes han expresado que:

Las desigualdades de clase en esta ocupación se encuentran profundamente entrecruzadas con las desigualdades de género, que contribuyen a desvalorizarla aún más. Quienes se desempeñan en estas tareas no solo provienen de sectores populares, sino que se trata casi de manera exclusiva de mujeres. Esto se debe a que el tipo de labores realizadas –limpiar, lavar, cocinar, cuidar de los otros en general– son aquellas que se asocian con condiciones y aptitudes supuestamente “inherentes” a la condición femenina (Folbre y Nelson, 2002; Roberts, 1997; Lautier, 2003). El hecho de que este tipo de trabajo lo hagan tradicionalmente las mujeres en el interior de los hogares sin reconocimiento económico alguno dificulta su valoración cuando se lleva a cabo en la esfera del mercado (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 18).

De igual manera, en la jurisprudencia argentina no solo se habla de la discriminación por género como se observa en el párrafo anterior, sino que, además, muestra la dificultad de reconocer una verdadera relación laboral, sobre todo cuando las personas que realizan esta actividad

empiezan a generar vínculos afectivos con los empleadores. De esta manera, se afirma que:

Otra de las cuestiones señaladas con frecuencia como potencial obstáculo a la hora del reconocimiento de derechos de las trabajadoras se relaciona con la complejidad de los vínculos laborales del sector, muchas veces atravesados por la dimensión afectiva. En efecto, el hecho de desempeñarse en la esfera íntima de una unidad doméstica también implica la cercanía física con la familia empleadora, el contacto cotidiano y, muchas veces, el desarrollo de lazos afectivos que pueden desembocar en relaciones paternalistas o maternalistas que empañan la existencia de una efectiva relación laboral (Valenzuela y Mora, 2009, como se citó en Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 20).

Ahora, frente al tema probatorio que es lo relevante como eje fundamental de la investigación, es importante resaltar lo que el texto “Trabajadoras Domésticas y Protección Social en Argentina: Avances y Desafíos Pendientes” señala sobre la dificultad probatoria de los trabajadores domésticos en un proceso laboral en Argentina, situación muy similar en Colombia.

En este texto, la OIT fundamenta su análisis en un estudio realizado aplicando entrevistas a trabajadoras domésticas argentinas de las cuales extrae el valor y la necesidad de la flexibilidad probatoria al momento de decretar pruebas para sustentar la pretensión de la declaración de existencia de un contrato de trabajo. El Tribunal Laboral de Argentina, respecto de este tema expone:

Digamos [en el Tribunal del sector] también se toma en cuenta la circunstancia particular, **sobre todo, para probar el empleo en negro de que no es fácil probar** (...) porque el trabajo ocurre en el seno de una familia, **entonces la apreciación de la prueba es tomando en cuenta eso que no es fácil** (...) Hay mecanismos que facilitan esa prueba que son presunciones a favor del trabajador (...) por ejemplo, si viene una persona que dice “yo veía que salía esta señora de la casa y barría arriba”, bueno, eso ya es prueba previa al contrato de trabajo (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 79). (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Dadas las circunstancias anteriores, se debe decir que la situación en Colombia no es diferente, pues concurren las mismas situaciones al momento de probar este tipo de relaciones laborales. Por ello, la OIT en su texto sobre Argentina, detalla que la justicia pone muchos obstáculos a

estos trabajadores respecto a la parte probatoria, situación que se torna más complicada y difícil cuando la relación laboral concurre al interior de una familia, de ahí la importancia de citar el sentir de estos trabajadores cuando se les menciona el tema de una demanda laboral. En Argentina, las trabajadoras y trabajadores entrevistados respondieron que “hay que conseguir testigos”, señalando que “tienen todas las de perder, pues, los escasos testigos que pueden dar cuenta de esa relación laboral suelen tener más relaciones y compromisos con la parte empleadora” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 80).

Ahora, una vez realizadas las entrevistas a las trabajadoras y trabajadores domésticos, además de los casos particulares en proceso judicial, el autor del texto extrae apartes significativos para la investigación de las sentencias judiciales como de las entrevistas. A continuación, se citan extractos citados por la OIT en el texto “Trabajadoras Domésticas y Protección Social en Argentina: Avances y Desafíos Pendientes” sobre un caso laboral judicial argentino, donde se observa claramente cómo es la forma de operar de los empleadores cuando se encuentran demandados por su trabajador doméstico y, sobre todo, cómo la valoración probatoria se realiza tiempo después, cuando ya los testigos no se acuerdan del trabajador:

Yo llevo los testigos, yo tengo tu empleada, vos negás, negás, negás, decís que no la conoces. Llevo los testigos y le preguntan si la veían trabajar. ¿Cómo la ve trabajar si era un sexto piso, a lo mejor? Y te dicen [los empleadores]: “No, era amiga. Venía, tomaba mate, mirábamos la novela, comíamos unos pastelitos y después se iba”. ¿Quién sabe en el interior de la casa lo que pasaba? ¿Qué testigos? En cambio, en una fábrica, en una empresa, tengo testigos que pueden decir que era su compañero, era compañero de ventas, íbamos en el camión, hacíamos el reparto (...) Es muy difícil. Porque el testigo era la vecina que la veía salir de la casa, el verdulero donde ella iba todas las mañanas a comprar el kilo de papas. Después, el verdulero no quiere salir porque la empleadora tuya, la dadora de empleo, me vino a ver, se enteró que me pusiste de testigo. Las pruebas se producen a los dos o tres años. El verdulero no se acuerda más de esa doméstica que venía, pero sí se acuerda de la patrona que le sigue comprando [Abogado laboralista] (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2017, p. 80).

De lo anterior, se puede observar claramente y de una marea real lo que efectivamente tienen que afrontar los trabajadores domésticos, no solo en Argentina sino también en Colombia, cuando emprenden un

proceso judicial laboral porque, como ciertamente lo afirma el Tribunal de Argentina, el trabajador domestico debe demostrar una relación laboral con mucho en contra, pues quienes realmente conocen la relación laboral existente es el trabajador, el empleador y aquellos terceros que diariamente conviven con ellos, como es el tendero, el vigilante, el carnicero, entre otros potenciales testigos que a la larga no llegan a declarar al proceso o, de llegar, lo hacen negando o evadiendo preguntas. Además de esto, como claramente lo dijo el Tribunal, las pruebas se practican un año o dos años después de entablada la demanda, cuando estos testigos ya no se acuerdan del trabajador doméstico, pero sí del empleador que día a día les genera utilidades.

Por lo anteriormente relatado, es que se hace necesaria la flexibilidad probatoria con enfoque de género frente a un grupo de trabajadores históricamente discriminados, en donde sea posible la búsqueda de la verdad real, de una manera más flexible y favorable al trabajador. Es importante resaltar que la postura de los tribunales argentinos es la misma adoptada por el Tribunal de Pereira de Colombia en un caso laboral particular, en donde este último anuncia la necesidad de aplicar perspectiva de género y flexibilidad probatoria para los trabajadores domésticos, como se analizara más adelante.

Por otro lado, en la legislación chilena, según la tesis de grado denominada “Servicio Doméstico en Chile: caracterización, evolución y determinantes de su participación laboral”, se encuentra que

El empleador deberá registrar el contrato de trabajo dentro de los quince días siguientes a su celebración en la sede o en el sitio electrónico de la respectiva Inspección del Trabajo, con el fin de facilitar la fiscalización de la existencia de la relación laboral y de las condiciones de empleo. Al fallecimiento del jefe de hogar, la vigencia del contrato subsiste con los parientes que hayan vivido en casa de aquél y continúen viviendo en ella después de su muerte. La garantía aquí para el trabajador de casa particular se traduce en que los parientes son responsables solidarios, es decir, todos ellos por el total por el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato (Carvajal, 2016, p. 14).

Del anterior párrafo se puede entender que, a diferencia de Argentina y Colombia, en Chile existe una obligación especial por parte del empleador y es la de registrar el contrato de trabajo dentro de los 15 días siguientes a la celebración del mismo ante una Inspección de Trabajo, situación beneficiosa y protectora para el trabajador, en tanto se estaría en constante fiscalización de la relación laboral, situación que no ocurre

en Colombia, donde a la Inspección de Trabajo se va a conciliar relaciones laborales si se está ante derechos inciertos y discutibles, es decir, se acude al final de la relación laboral, no al inicio de ella, cuando evidentemente hay desventaja del trabajador doméstico.

Respecto del tema probatorio, en el artículo de Mauricio César Arese, presentado en el XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se expone que:

Son casos paradigmáticos, los que tienen como escenarios los establecimientos o lugares y las relaciones de trabajo personalizadas e íntimas. Los conflictos del personal del servicio doméstico o casa de familia en los que, probatoriamente al demandante se le niegue la existencia de una relación laboral, obligando a la parte actora a cargar con la prueba, debiendo demostrar la cantidad de horas o de pago de salarios, sino que además sobre la existencia misma del nexo o su intensidad. En esas circunstancias, la apreciación de la prueba suele generar dudas que no pueden quedar como tales, sino que deben ser despejadas con la prueba de la parte que adquiere el rol preponderante en la relación (Arese, 2012, p. 12).

En la anterior exposición es interesante evidenciar cómo en todos los conflictos laborales de trabajadores domésticos, ya sea en Colombia, Argentina u otro país, la apreciación de la prueba es difícil de soportar, pues en esta actividad en especial, al realizarse al interior de un hogar, el acceso a ella se torna exclusivo para quienes hacen parte de ese núcleo familiar, dejando en clara y evidente desventaja al trabajador que solo cuenta con una prueba segura a su favor, y es su declaración de los hechos y algunos recibos (si se los dan). De resto, queda a la discrecionalidad y libre formación del conocimiento del juez.

#### ***1.4. Perspectiva de género y flexibilidad probatoria en asuntos de prestación de servicios domésticos en Colombia***

Una vez analizadas las posturas de otras legislaciones respecto de la flexibilidad probatoria con enfoque de género, es posible entrar a desarrollar el tema en Colombia. Por lo tanto, se empezará por determinar cuál es el manejo que se le da a la prueba en materia laboral en Colombia. En este punto, es importante precisar el trabajo investigativo de Gómez Restrepo denominado “La carga dinámica de la prueba en el procedimiento laboral colombiano”, en el cual se manifestó que

El capítulo XII del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en apenas 13 artículos (del 51 al 61) regula el tema probatorio en materia procesal laboral. Sin embargo, como se puede comprobar con una lectura somera de dichos artículos y teniendo en cuenta que el primero de ellos dispone que “Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley”, en materia procesal laboral y con respecto a los medios de prueba y a su modo de practicarse hay que remitirse a lo dispuesto en la legislación procesal civil (Restrepo, 2015, p. 32).

Como se puede observar, la parte probatoria laboral se remite exclusivamente al Código General del Proceso, es decir, que los medios probatorios a utilizar serán los de la legislación civil. De igual manera, para la valoración probatoria el juez laboral deberá regirse por lo consagrado en los artículos 60 y 61 del Código Procesal Laboral, en donde el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y, por lo tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes (Restrepo, 2015).

Es decir, el juez debe tener en cuenta la situación especial de cada caso concreto; en el marco de la investigación, el juez debe analizar las pruebas y hechos aplicando perspectiva de género y flexibilidad probatoria, teniendo en cuenta la discriminación histórica que ha enfrentado y enfrentan los trabajadores domésticos. Sin embargo, se puede concluir que muchos administradores de la justicia laboral asumen estos casos como si fuesen un caso civil, pues en materia probatoria se rigen por el Código General del Proceso, el cual no incluye ningún tipo de flexibilización en materia probatoria, en tanto se aplican los principios constitucionales procesales y probatorios propios del proceso civil. De allí la importancia de la expedición del estatuto del trabajo donde se priorice este tipo de situaciones, teniendo en cuenta que el derecho laboral tiene sus propios principios, los cuales no solo sean aplicables a las normas, sino también a las pruebas.

Teniendo en cuenta lo anterior, es que se debe explorar y hablar del tema de la flexibilidad probatoria con enfoque de género, en donde se da a entender que el derecho laboral debe tener sus propios principios y, por ende, su propio estatuto laboral, por estar frente a un derecho social que debe tratarse como tal. Desde este punto, es de vital importancia para esta investigación citar lo que la Sala Laboral del Tribunal de Pereira manifestó en uno de sus fallos, puntualizando, la necesidad de aplicar

perspectiva de género en asuntos judiciales de trabajadores domésticos por tener la demandante la condición de empleada doméstica:

**Por la subvaloración del trabajo doméstico en nuestra sociedad, es que el asunto ameritaba fallarse desde el punto de vista probatorio con la aplicación de perspectiva de género,** como bien lo decidió la jueza de instancia, para superar desde la comunidad judicial, las barreras que ponen en desventaja a las empleadas domésticas en los estrados judiciales, especialmente en materia probatoria, pues a pesar de que formalmente la empleada doméstica tiene la obligación de probar, por ejemplo, los hitos temporales de la relación laboral, la jornada diaria de trabajo, las horas extras de trabajo, etc., **para ellas se torna supremamente difícil hacerse a la prueba porque la mayoría de las veces los únicos testigos directos de la forma como se celebra, se ejecuta y se termina su contrato de trabajo son sus propios patrones o el entorno familiar más cercano a estos.** Ello por cuanto el oficio doméstico es un trabajo silencioso que se desarrolla en la soledad de una casa, sin testigos, o a lo sumo en compañía de niños o niñas o personas de la tercera edad o de los propios patrones (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, Rad. 66001-31-05-005-2015-00215-01, 2017). (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Como se puede dilucidar del contenido del párrafo anterior, es evidente que el Tribunal de Pereira entendió y comprendió que cuando se están decidiendo derechos laborales debe existir flexibilidad probatoria, tal como la ley laboral y la jurisprudencia lo han manifestado. Pero, cuando se trata de trabajadores domésticos, por la particularidad de la actividad y, sobre todo, por la discriminación que siempre ha existido y existe hacia la mujer y hacia la misma actividad, se debe aplicar en materia probatoria, además de dicha flexibilidad, perspectiva de género, para así llegar a un fallo justo y correcto para el trabajador.

Desde ahí es que el Tribunal, en el caso particular, manifestó que, teniendo la parte actora la calidad de mujer-empleada doméstica, la aplicación de la perspectiva de género se hacía necesaria no solo para superar el estereotipo social que subvalora e invisibiliza el trabajo doméstico, sino porque de las pruebas del proceso se observa que dicha subvaloración e invisibilización se hizo evidente en el comportamiento que desplegó la empleadora en la contratación, ejecución y terminación del contrato de la demandante. En otras palabras, en el comportamiento de la empleadora se perpetúa la discriminación de género contra las mujeres que realizan trabajos domésticos (Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Pereira, Sala Laboral, Rad. 66001-31-05-005-2015-00215-01, 2017).

En el mismo sentido, el Tribunal de Pereira destaca lo que ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia C-310 de 2007 respecto de la situación de vulnerabilidad del servicio doméstico y la necesidad de reconocimiento y protección del Estado:

Tradicionalmente al servicio doméstico se le ha restado importancia jurídica, económica y social, al estar destinado a reemplazar o complementar la labor del ama de casa que, como tal, es considerada económicamente inactiva. Se trata, como lo han hecho ver estudios especializados, de una actividad “invisible” para el resto de la sociedad... Así mismo, pese a la influencia que en los últimos tiempos han tenido las políticas de género, aún hay quienes creen, sin razón, que basta con “ser mujer” para ejercer tareas del hogar socialmente poco valoradas, prejuicio que quizás explica por qué históricamente la participación femenina en este tipo de labor es muy significativa (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-310, 2007).

Aunado a lo anterior, el Tribunal explica que esa subvaloración se vio reflejada en las normas que regularon el trabajo doméstico, en las cuales se hizo un trato diferenciado e injustificado con el resto de trabajadores, de modo que el trato discriminatorio no solo fue cultural sino también legal, razón por la cual tuvo que intervenir la Organización Internacional del Trabajo a efectos de recuperar la dignidad de los trabajos domésticos y de quienes lo ejercen. Seguidamente, y muy acertado por parte del Tribunal de Pereira en sentencia respecto de la valoración probatoria, manifiesta que:

La aplicación de la perspectiva de género permite visibilizar la importancia de los trabajos domésticos en el desarrollo de una sociedad, establecidos en nuestra cultura colombiana a las mujeres, pues le permite a quien o quienes se benefician de él, gozar de un mayor bienestar que se traduce utilidades y una mejor calidad de vida, pues de esa actividad no sólo se favorece quien la contrató sino todos los que viven en la casa. Invisibilizar o menospreciar las tareas domésticas perpetua la subvaloración del trabajo femenino, pues a pesar de que la Constitución y el Código Sustantivo del Trabajo regulan los derechos mínimos laborales de las empleadas domésticas, en la práctica se las sigue contratando informalmente con ausencia de la mayoría de las prerrogativas laborales a las cuales tienen derecho. Por esa razón, esto es, por la subvaloración del

trabajo doméstico en la sociedad, es que los asuntos domésticos ameritan fallarse desde el punto de vista probatorio con la aplicación de perspectiva de género (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, Rad. 66001-31-05-005-2015-00215-01, 2017).

Igualmente, recalca la importancia de

No perderse de vista que la subvaloración del trabajo doméstico ha desarrollado otra serie de desventajas para la trabajadora como por ejemplo el hecho de que la autoridad o subordinación la ejerzan varias personas que no necesariamente corresponde a quien le paga el salario o a que pase de un patrón a otro, sirviendo a las diferentes generaciones de una misma familia, ésta última situación que se da cuando la empleada lleva muchos años al servicio de una misma familia, todo lo cual es aprovechado luego por los empleadores para tratar de evadir su responsabilidad (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, Rad. 66001-31-05-005-2015-00215-01, 2017).

Situación anterior que es muy común en Colombia: empleados domésticos que pasan toda su vida atendiendo a las generaciones de la familia empleadora y, cuando surge la responsabilidad de atender los derechos y obligaciones de las empleadas, empiezan a evadir sus deberes de empleador argumentando que nunca fueron sus empleadores. Es así que el Tribunal, atendiendo a todas las situaciones particulares que viven diariamente las y los trabajadores domésticos, decide fallar con flexibilización en la valoración probatoria en aplicación de la perspectiva de género en favor de un grupo de mujeres históricamente discriminadas; mecanismos que deberían ser utilizados por todos los jueces laborales al momento de valorar pruebas y dictar sentencia en estos casos particulares.

Caso contrario ocurre en múltiples fallos laborales de trabajadores domésticos, en donde si el trabajador no logra demostrar como mínimo esa presunción de prestación del servicio estipulada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sus derechos no serán reconocidos, pues el juez falla conforme a los hechos y pruebas aportados al proceso. Ahora, esta situación se torna más difícil cuando se trata de un trabajador que fallece y queda en cabeza de sus herederos la carga de probar la relación laboral para reclamar derechos laborales atribuibles al trabajador doméstico.

Un caso particular para demostrar la necesidad de utilizar flexibilidad probatoria con aplicación de enfoque de género frente a un

trabajador fallecido donde sus herederos reclaman estos derechos laborales, se encuentra en la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá Cundinamarca, donde, si bien el juez declaró la relación laboral, esta fue reconocida con los extremos temporales y jornada laboral reconocidos por el empleador, en tanto los testigos y pruebas aportadas por la parte actora no lograron demostrar estos factores, dando mayor credibilidad a los testimonios aportados por la parte demandada, pues entre ellos se encontraba una enfermera que actualmente trabajaba con el empleador, la cual manifestó que la trabajadora laboró solo durante medio tiempo.

De igual manera lo hicieron los demás testigos; entre ellos, los hijos del empleador, demeritando las declaraciones de los hijos de la trabajadora, los cuales conocían el horario de trabajo y el tiempo trabajado, pues, desde que eran niños, su madre trabajó para el empleador. Incluso, se tenía una relación amigable y de confianza por parte de los hijos y la familia del empleador, por cuanto la trabajadora laboró por más de 25 años hasta que falleció. Sin embargo, no fue suficiente para acreditar dichos factores (Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasuga Cundinamarca, Sala Laboral, Rad. 25-290-31-12-002-2017-00403-00, 2020).

Del caso particular anterior es evidente la falta de flexibilidad probatoria y aplicación de enfoque de género, pues el juez falla con quien tuvo mejor posición de las pruebas; en este caso, el empleador, sin tener en cuenta lo especial de la actividad, pues como lo dijo el Tribunal argentino y el Tribunal de Pereira de Colombia, esta labor se realiza en el interior de un hogar, es silenciosa; se forman relaciones afectivas que empañan la relación laboral y muchos de los testigos son trabajadores del empleador, los cuales estarían presionados, y los de afuera apoyan a aquellos de quienes reciben utilidades. Entonces, si se hubiera aplicado enfoque de género, se tendría que una labor como el trabajo doméstico requiere de un análisis más flexible, específico y detallado para determinar si realmente la jornada y el tiempo laborado que dice el empleador es el real o si del contexto de la familia empleadora se notaba que requería de una jornada laboral más amplia.

## **CONCLUSIONES**

Se ha podido evidenciar en este trabajo que las luchas sociales que ha tenido que enfrentar el servicio doméstico para ser acreedor de los derechos y beneficios que hoy día goza en la legislación colombiana han sido duras, pues ante una actividad laboral que a lo largo de la historia ha

sido y es discriminada y vulnerada en sus derechos no solo se ha tenido que enfrentar los abusos de la sociedad, sino también del Estado, pues para que el servicio doméstico sea considerado como un verdadero contrato de trabajo ha requerido de tiempo y luchas, pues, si bien legalmente se había abolido la disposición como contrato de arrendamiento, en la práctica se seguía tratando como tal.

Un pronunciamiento internacional desde el marco de la Oficina Internacional del Trabajo era necesario para que esta actividad pudiera al fin ser reconocida en igualdad de condiciones como cualquier otro contrato de trabajo. De esta forma, fue con la Ley 1595 de 2012 y los Decretos reglamentarios que Colombia le dio al trabajo doméstico las características de un verdadero contrato laboral, con todos sus derechos y beneficios.

Ha sido la Corte Constitucional colombiana, así como la Corte Suprema de Justicia, quienes en múltiples de sus providencias, entre ellas las sentencias C-051 de 1995; C-871 de 2014; SU-062 de 1999; C-967 de 2003; T-014 de 2015; T-185 de 2016; mediante las cuales se empezaron a materializar los derechos de estos trabajadores domésticos, reconociéndoles verdaderos contratos laborales y, por consiguiente, ordenando a los empleadores pagar todas las prestaciones sociales y de seguridad social derivadas de un contrato laboral.

Argentina, a diferencia de Colombia, ha avanzado normativa y jurisprudencialmente respecto a que los trabajadores no tienen que demostrar la sustitución patronal, pues en esta legislación se da por sentado la solidaridad, además de ello lo más importante es que probatoriamente los Tribunales han adoptado la flexibilidad probatoria con aplicación de enfoque de género en materia probatoria, por la condición especial que tienen los trabajadores domésticos, en tanto esta actividad como bien lo manifiesta el Tribunal argentino, es una labor que se realiza en el interior de un hogar, donde se generan relaciones de amistad que desdibujan la verdadera relación laboral, siendo difícil probar factores de tiempo y jornadas laborales.

En Colombia, si bien la jurisprudencia junto con los convenios internacionales han logrado un gran avance en reconocimiento de derechos laborales para estos trabajadores, también es cierto que falta mucho para lograr una verdadera justicia social para ellos, en tanto probar una relación laboral se torna difícil teniendo las condiciones anteriormente descritas, fallando muchas veces sin tener en cuenta la necesidad de aplicar flexibilidad probatoria con enfoque de género en estas relaciones laborales. Sin embargo, el Tribunal de Pereira-Sala

laboral, al igual que el Tribunal argentino adoptó la postura de aplicar enfoque de género, por la condición especial de este trabajo, reconociéndole a la trabajadora todos los derechos laborales.

## REFERENCIAS

- Arese, M. (2012, del 25 al 28 de septiembre). Presente y futuro derecho del trabajo. Los principios del derecho del trabajo [trabajo]. *XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago, Chile. <https://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Argentina-principioprotectorio-Arese.pdf>
- Carvajal, C. (2016). *Servicio Doméstico en Chile: caracterización, evolución y determinantes de su participación laboral* [Tesis de Maestría, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140254/Servicio%20dom%20C3%A9stico%20en%20Chile%20caracterizaci%C3%B3n,%20evoluci%C3%B3n%20y%20determinantes%20de%20su%20participaci%C3%B3n%20labora.pdf?sequence=1>
- Cifuentes, E. (2019). *Régimen Legal de los Trabajadores Domésticos en Colombia y la Vulneración de sus Derechos* [Tesis de Maestría, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22957/1/REGIMEN%20LEGAL%20DE%20LOS%20TRABAJADORES%20DOMESTICOS.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (10 de diciembre de 2012). Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos (número 189) de 2011. [Ley 1595 de 2012]. DO: 48.651
- Congreso de la República de Colombia. (19 de febrero de 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo,

- asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. [Ley 6 de 1945]. DO: 25.790
- Congreso de la República de Colombia. (20 de noviembre de 1934). Sobre la pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados. [Ley 10 de 1934]. DO: 22.746
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (19 de enero de 2015). Sentencia T-014 [M.P: Vargas, L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. (15 de abril de 2016). Sentencia T-185 [M.P: Ortiz, G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (16 de febrero de 1995). Sentencia C-051 [M.P: Arango, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (3 de mayo de 2007). Sentencia C-310 [M.P: Pinilla, N.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (13 de noviembre. de 2014). Sentencia C-871 [M.P: Calle, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (09 de febrero de 1999). Sentencia SU-062 [M.P: Naranjo, V.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (21 de octubre de 2003). Sentencia C-967 [M.P: Monroy, M.].
- Goyes Moreno, I. (2018). *Derecho Laboral Individual con Enfoque de Derechos y Perspectiva de Genero*. Editorial Universidad de Nariño.
- Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasuga Cundinamarca, Sala Laboral. (19 de noviembre de 2020). Radicado 25-290-31-12-002-2017-00403-00.
- Londoño, D. (2017). *Evolucion normativa del trabajo domestico en Colombia* [Trabajo de grado, Universidad Catolica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15417>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 1951. Convenio sobre igualdad de remuneración 100 de 1951. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C100](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100)

- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2008. Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa. [https://drive.google.com/file/d/1II-d7-knlcwyX2JOul3PPW6\\_0l2LzAp3/view](https://drive.google.com/file/d/1II-d7-knlcwyX2JOul3PPW6_0l2LzAp3/view)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2010. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms\\_716596.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2011. Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos 189 de 2011). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C189](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2017. Trabajadoras domésticas y protección social en Argentina: avances y desafíos pendientes. [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos\\_aires/documents/publication/wcms\\_592331.pdf&ved=2ahUKEwj81qGw7Y37AhVLbDABHYxTAnYQFnoECBoQAQ&usg=AOvVaw3w7ZZ\\_etGG8gA8zB3M2RD6](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_592331.pdf&ved=2ahUKEwj81qGw7Y37AhVLbDABHYxTAnYQFnoECBoQAQ&usg=AOvVaw3w7ZZ_etGG8gA8zB3M2RD6)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. 2019. Las Reglas del Juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo. [https://drive.google.com/file/d/104QlbJIV21A\\_hZ2zkUhnuYTaAqfW6vXo/view](https://drive.google.com/file/d/104QlbJIV21A_hZ2zkUhnuYTaAqfW6vXo/view)
- Restrepo, A. (2015). *La carga dinámica de la prueba en el procedimiento laboral colombiano* [Tesis de Especialización, Universidad de Medellín]. Repositorio Universidad de Medellín. [https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/2209/TG\\_EDPC\\_13.pdf?sequence=1](https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/2209/TG_EDPC_13.pdf?sequence=1)
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral. (28 de abril de 2017). Radicado 66001-31-05-005-2015-00215-01 [M.P. Caicedo, A.]. <https://tribunalsuperiorpereira.com/Relatoria/Genero//Providencias/Contrato%20CC%202015->

00215%20%20Maria%20Roc%C3%ADo%20Loaiza%20vs.%20M.  
%20Victoria%20V%C3%A9lez%20%28Empleada%20domestica  
%20-%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%29.docx

## INDICE DE AUTORES

### **ANDRÉS FELIPE LUNA BURBANO**

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

### **CARMEN HELENA MONTILLA ERASO**

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

### **JOSÉ DAVID NARVÁEZ VELASCO**

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

### **CRISTIAN ANDRÉS MARTÍNEZ CALVACHE**

Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Becario de la primera promoción de la Especialización en Derecho de Familia. Correo electrónico: [cristianmartinezc97@gmail.com](mailto:cristianmartinezc97@gmail.com).

### **DUVÁN ESTEBAN CHAVES RIVAS**

Abogado titulado de la Universidad de Nariño, Conciliador en Derecho de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, Miembro del capítulo Nariño del Instituto Colombiano De Derecho Procesal. Correo electrónico: [duvestch@udenar.edu.co](mailto:duvestch@udenar.edu.co), Dirección física: Carrera 28 número 17-12 Pasto, Nariño.

## **DANIELA ALEXANDRA NARVÁEZ JIMÉNEZ**

Abogada Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Becaria en la Especialización de Derechos Humanos de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: [danielanejn@gmail.com](mailto:danielanejn@gmail.com). Número de contacto: 3208316399. Dirección: Mz B casa 17, villa recreo II etapa. Pasto (N). Colombia.

## **KATHERINE MORA CAICEDO**

Abogada, Universidad de Nariño. Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad de Nariño, Correo electrónico: [katherinemorac9@gmail.com](mailto:katherinemorac9@gmail.com).

## **MARÍA EMILIA JURADO**

Abogada egresada de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad de Nariño. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

## **COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO**

### **MIEMBROS EXTERNOS**

#### **MARCELA RODRÍGUEZ MEJÍA**

Abogada de la Universidad Externado, y Graduada en Derecho de la Universidad de Valencia, España. Diploma de Estudios Avanzados y Doctora en Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, España. Autora de varias publicaciones, conferencista y profesora invitada a nivel nacional e internacional. Docente Investigadora de la Universidad Externado y de la Universidad Internacional de la Rioja.

#### **MARÍA EUGENIA ROJAS RODRÍGUEZ**

Abogada – Universidad del Atlántico Especialista en Derecho de Familia – Universidad Libre Magister en Derecho – Universidad del Norte Doctora en Ciencias Políticas – Universidad Rafael Bellosillo Chacín - Venezuela Docente Tiempo Completo de Carrera de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad del Atlántico.

#### **LUZ ESTELA TOBÓN BERRÍO**

Doctora en Ciencias Sociales de la Universidad del Norte y Doctora en Ciencias de la Educación de la Universidad Paris Nanterre. Con Maestría en Derecho Comparado de la Familia de la Universidad Vincennes – Saint Denis Paris 8. Profesora investigadora de la Universidad del Norte adscrita al Grupo de Investigaciones GIDEC. Coordinadora de Investigaciones de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la misma institución.

#### **JUAN PABLO ROSERO GOMAJOA**

Abogado litigante, Magister en Gerencia Social y Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño.

### **ALEJANDRO MEDICI**

Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla. Profesor titular de cátedra en la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam), Argentina. Director del Centro de Investigación en Derecho Crítico (Ci.Der.Crit). UNLP. Director del programa de posgrado Especialización en Derechos Humanos acreditado por CONEAU en la UNLPam. Investigador Cat. 1 del sistema de incentivos a la investigación social del Ministerio de Educación de la Nación (Arg.) Líneas de investigación actuales: derechos humanos en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, lawfare.

### **YENIFER MARCELA MUÑOZ CERÓN**

Presidenta de la Asociación Latinoamericana de Derecho Animal - ALDA. Maestranda en Derecho en la Universidad Católica do Salvador (PPGD/UCSAL), en la línea de investigación de Bioética, Alteridad y Medio Ambiente Social, con beca CAPES. Profesora. Investigadora miembro del grupo BRAN - Academia Brasileira de Direito Animal e da Natureza y del grupo CEBIDJUSBIOMED - red de investigación en Bioética y Bioderecho. Abogada y Conciliadora, egresada de la Universidad de Nariño (UDENAR) de Colombia.

### **JIMENA CARDONA CUERVO**

Candidata a doctora en derecho, magister en derecho público y ciencias jurídicas, especialista en derechos constitucional y administrativo, abogada litigante, investigadora y docente universitaria.

### **MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO**

Abogada, Doctora en Derechos Humanos, Magister en Derechos Fundamentales, Especialista en Derecho Público.

## **MIEMBROS INTERNOS**

### **AURA CECILIA TORRES BURBANO**

Abogada Universidad de Nariño. Economista - Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Integrante del Grupo de investigación Derecho, Justicia y Región Dejure y docente Hora Cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: actorresb@udenar.edu.co.

### **ISABEL GOYES MORENO**

Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral de la Universidad de Nariño. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Dirección Universitaria de la Universidad de los Andes, Doctora en Educación de la Red de Universidades Colombianas RUDECOLOMBIA. Docente de pre y postgrado.

## INSTRUCCIONES PARA AUTORES

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

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

### 1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- Artículo de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica

del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.

- **Artículo de revisión:** El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

## 2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN).

## 3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 3.1. **ORIGINALIDAD:** El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. **TÍTULO DEL ARTÍCULO:** Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.

- 3.3. **IDIOMA:** El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.
- 3.4. **NOMBRE DEL AUTOR:** Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. **RESUMEN:** Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.
- 3.6. **PALABRAS CLAVES:** Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el Thesaurus de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.
- 3.7. **EXTENSIÓN:** El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (letter) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. **TIPO DE LETRA:** Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. **MÁRGENES:** 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. **SANGRÍA:** Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. **ESTRUCTURA:** El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1, 2, 3...), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.
- 3.12. **IMÁGENES:** El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto, deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.
- 3.13. **PALABRAS EN LATÍN:** Las palabras en latín deben ir en cursiva.
- 3.14. **AGRADECIMIENTOS:** Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.
- 3.15. **PONENCIAS:** Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.

3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

#### 4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

El autor deberá enviar:

- Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)
- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada (Disponible en: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co), y en [rcodex.udenar.edu.co](http://rcodex.udenar.edu.co))
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co), y en [rcodex.udenar.edu.co](http://rcodex.udenar.edu.co))

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

#### 5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:

- Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
- Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
- Originalidad: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.
- Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:

- Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
- Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
- Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
- Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.
- Los árbitros brindarán la siguiente calificación:
  - No publicable. El artículo no se publicará.
  - Publicable sin correcciones: El artículo pasa directamente a fase de publicación.
  - Publicable con correcciones: En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.
- La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

## 6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

- La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.
- El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.
- La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.

- Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

## **7. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES**

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: [http://publicationethics.org/files/International%20standard\\_editors\\_for%20website\\_11\\_Nov\\_2011.pdf](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

## **8. RECIPROCIDAD**

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

## **9. DATOS DE CONTACTO**

- Página web: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co)
- Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.
- Correo electrónico: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)
- Teléfono: 57 (602) 731 54 38

# MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberán realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- <http://www.apa.org/>
- <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

## 1. CITAS

### 1.1. Cita textual de menos de 40 palabras

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

--

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por

Muñoz (2007) permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos”. (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

## 1.2. Cita textual de más de 40 palabras

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p. 22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p. 22)

## 1.3. Cita de parafraseo

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica. (Muñoz, 2007)

---

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

#### 1.4. Citas de textos con varios autores

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que....

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005).

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran....

De esta forma Pérez et al. (2010), afirma....

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010). Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010).

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al., desde la primera citación.

#### 1.5. Cita de textos de autor corporativo

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar, 2012)...., siendo así la política de la educación pública en Colombia requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012).

## 1.6. Cita de textos anónimos

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

## 1.7. Cita de cita

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

## 1.8. Notas

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema, ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo principal.

## 1.9. Sentencias

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92).

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014).

## 1.10. Leyes

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001).

(Colombia, Código Civil).

## 2. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

### 2.1. Libros

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

## 2.1 Libros de varios autores

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial

Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis Editores.

## 2.2 Libro con editor (los capítulos son escritos por varios autores)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

## 2.3 Libro en versión electrónica

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

## 2.5. Capítulo de libro

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En: A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. xx - xx). Ciudad, País: Editorial.

Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

## 2.6. Artículo de revista

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

## 2.7. Artículo de periódico

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp. Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

## **2.8. Autor corporativo - informe gubernamental**

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de: <http://www.xxx.xxx>

## **2.9. Tesis y trabajos de grado**

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

## **2.10. Sentencias**

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto García, Ciudad.

## **2.11. Leyes**

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual...”

## **SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA**

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

## **CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA**

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón *on line* disponible en la página <http://rcodex.udenar.edu.co>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia. También puede escanearlo y enviarlo al correo: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

**REVISTA CIENTÍFICA CODEX**  
**CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA**

Nombre y/o Institución: \_\_\_\_\_

Cédula/NIT/DNI \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_

Depto/Estado: \_\_\_\_\_ Países: \_\_\_\_\_

A.A. \_\_\_\_\_ Teléfono: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_

Pertenencia Institucional: \_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Esta obra se imprimió en  
GRAFICOLOR PASTO SAS  
Calle 18 No. 29-67 - Tel. 731 06 52  
graficolorpasto@hotmail.com  
San Juan de Pasto - Nariño