

# EL CONSTITUCIONALISMO EN PROCESO DE CAMBIO

## REFORMAS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS DEL SIGLO XXI

EDITORES

Cristhian Alexander Pereira Otero  
Juan Pablo Rosero Gomajoa



**Editorial**  
Universidad de Nariño

**èditorial**  
Universidad de **Nariño**

# **EL CONSTITUCIONALISMO EN PROCESO DE CAMBIO**

**REFORMAS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS DEL SIGLO XXI**

# **EL CONSTITUCIONALISMO EN PROCESO DE CAMBIO**

## **REFORMAS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS DEL SIGLO XXI**

Cristhian Alexander Pereira Otero, Carlos Eduardo Martínez Noguera,  
Cecilia Díez Vargas, Manuel Gustavo Díaz Sarasty, Pedro Pablo Vanegas Gil,  
Álvaro Alfonso Patiño Yepes, Pia M. Moscoso Restovic,  
Bernardo Vela Orbegoza, María Alexandra Ruiz Cabrera,  
Edgar David Pérez Sanabria, Ximena Elizabeth Maldonado Erazo,  
Juan Pablo Rosero Gomajoa, Luz Amalia Andrade Arévalo,  
Manuel Antonio Coral Pabón, Mónica Alejandra León Gil

**editorial**  
Universidad de **Nariño**

El constitucionalismo en proceso de cambio : reformas y nuevas tecnologías del siglo XXI / Cristhian Alexander Pereira Otero ... [y otros] ; Editores, Cristhian Alexander Pereira Otero, Juan Pablo Rosero Gomajoa – San Juan de Pasto : Editorial Universidad de Nariño, 2026

340 páginas.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo y reseña de los autores p. 333 - 338

ISBN: 978-628-7933-00-2 Impreso

ISBN: 978-628-7933-01-9 Digital

DOI: <https://doi.org/10.22267/lib.udn.077>

1. Constitucionalismo 2. Derecho constitucional 3. Derechos humanos—Constitución política 4. Control constitucional 5. Reforma constitucional 6. Responsabilidad social 7. Reformas educativas 8. Trabajo y litigio—Nuevas tecnologías—Inteligencia artificial I. Pereira Otero, Cristhian Alexander II. Martínez Noguera, Carlos Eduardo III. Díez Vargas, Cecilia IV. Díaz Sarasty, Manuel Gustavo V. Vanegas Gil, Pedro Pablo VI. Patiño Yepes, Álvaro Alfonso VII. Moscoso Restovic, Pia M. VIII. Vela Orbegozo, Bernardo IX. Ruiz Cabrera, María Alexandra X. Pérez Sanabria, Edgar David XI. Maldonado Erazo, Ximena Elizabeth XII. Rosero Gomajoa, Juan Pablo XIII. Andrade Arévalo, Luz Amalia XIV. Coral Pabón, Manuel Antonio XV. León Gil, Mónica Alejandra XVI. Pereira Otero, Cristhian Alexander, editor XVII. Rosero Gomajoa, Juan Pablo, editor

342.03 C758co – SCDD-Ed. 22



SECCIÓN DE BIBLIOTECA

## ***El constitucionalismo en proceso de cambio: reformas y nuevas tecnologías del siglo XXI***

© Editorial Universidad de Nariño

© Editores: Cristhian Alexander Pereira Otero, Juan Pablo Rosero Gomajoa.

© Cristhian Alexander Pereira Otero, Carlos Eduardo Martínez Noguera, Cecilia Díez Vargas, Manuel Gustavo Díaz Sarasty, Pedro Pablo Vanegas Gil, Álvaro Alfonso Patiño Yepes, Pia M. Moscoso Restovic, Bernardo Vela Orbegozo, María Alexandra Ruiz Cabrera, Edgar David Pérez Sanabria, Ximena Elizabeth Maldonado Erazo, Juan Pablo Rosero Gomajoa, Luz Amalia Andrade Arévalo, Manuel Antonio Coral Pabón, Mónica Alejandra León Gil

**ISBN Impreso:** 978-628-7933-00-2

**ISBN Digital:** 978-628-7933-01-9

**DOI:** <https://doi.org/10.22267/lib.udn.077>

**Corrección de estilo:** María Andrea Vergara Gamarra

**Diseño y diagramación:** Alejandra Daniela Garzón Rodríguez

**Correo:** [alejandrargarzon023@gmail.com](mailto:alejandrargarzon023@gmail.com)

**Apoyo profesional en proceso editorial:** Luis Alejandro Muñoz Bolaños

**Fecha de publicación:** Junio 2026

San Juan de Pasto - Nariño - Colombia

Prohibida la reproducción total o parcial, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin la autorización escrita de su Autor o de la Editorial Universidad de Nariño.

## **CONTENIDO**

|                          |           |
|--------------------------|-----------|
| <b>Introducción.....</b> | <b>14</b> |
| <b>Referencias.....</b>  | <b>19</b> |

|                                                                                                   |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Capítulo uno / Constitucionalismo, dignidad humana y nuevos derechos en el siglo XXI .....</b> | <b>20</b> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                     |                  |
|-------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| <i><b>Dignidad humana: fuente de los nuevos derechos en la era digital.....</b></i> | <i><b>21</b></i> |
| <i><b>Cristhian Alexander Pereira Otero</b></i>                                     |                  |

|                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introducción: Naturaleza jurídica y concepto de la dignidad humana .....                                         | 22 |
| 1. La dignidad humana: evolución y alcance.....                                                                  | 25 |
| 2. La dignidad humana en Colombia.....                                                                           | 28 |
| 3. La inteligencia artificial y las tensiones con la dignidad humana .....                                       | 32 |
| 4. Aportes del derecho internacional comparado para los límites del poder digital desde la dignidad humana ..... | 35 |
| 5. El Constitucionalismo digital y la dignidad humana.....                                                       | 37 |
| 6. El constitucionalismo digital en Colombia.....                                                                | 39 |
| Conclusiones.....                                                                                                | 40 |
| Referencias .....                                                                                                | 42 |

|                                                                             |                  |
|-----------------------------------------------------------------------------|------------------|
| <i><b>La lucha social como fundamento de los derechos humanos .....</b></i> | <i><b>48</b></i> |
| <i><b>Carlos Eduardo Martínez Noguera</b></i>                               |                  |

|                                                          |    |
|----------------------------------------------------------|----|
| Introducción .....                                       | 49 |
| 1. Fundamentos de los derechos humanos .....             | 50 |
| 2. Los derechos humanos en la Constitución Política..... | 55 |

|                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------|----|
| 3. La contradicción constitucional.....                               | 57 |
| 4. La lucha social, principal fundamento de los derechos humanos..... | 60 |
| Conclusiones.....                                                     | 61 |
| Referencias.....                                                      | 63 |

***Un futuro sin discriminación para las personas con discapacidad mayores de edad: Ley 1996 de 2019 ..... 64***  
***Cecilia Díez Vargas***

|                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| Introducción.....                                                   | 65 |
| 1. Los tres mecanismos formales para la adjudicación de apoyos..... | 68 |
| 2. Importancia de las salvaguardias y los ajustes razonables .....  | 81 |
| Conclusiones.....                                                   | 82 |
| Referencias.....                                                    | 84 |

***Impugnación de paternidad y pluriparentalidad: un camino jurídico desde el derecho comparado .....87***  
***Manuel Gustavo Díaz Sarasty***

|                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción.....                                                                                                            | 88  |
| 1. La filiación jurídica más allá de los vínculos hematológicos.....                                                         | 89  |
| 2. La revolución de la pluriparentalidad y el derecho a la felicidad en Brasil.....                                          | 92  |
| 3. El reconocimiento de la triple filiación como un nuevo paradigma familiar en Argentina .....                              | 93  |
| 4. La pugna por la paternidad en Colombia: oscilando entre la biología y la afectividad .....                                | 95  |
| 5. La unidad del estado civil vs. la unidad afectiva: por un derecho de filiación que priorice vidas sobre formalismos ..... | 101 |

|                   |     |
|-------------------|-----|
| Conclusiones..... | 105 |
| Referencias.....  | 106 |

## **Capítulo dos / Control constitucional, convencionalidad y orden jurídico internacional..... 108**

### ***El control de legalidad en los estados de excepción en el constitucionalismo colombiano..... 109*** ***Pedro Pablo Vanegas Gil***

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción. Derecho de excepción y garantías de la constitución.....           | 110 |
| 1. Los controles en los estados de excepción .....                               | 113 |
| 2. El control automático de legalidad en los estados de excepción .....          | 115 |
| 3. Los aspectos procesales del medio de control: su regulación en el CPACA ..... | 132 |
| Conclusiones.....                                                                | 137 |
| Referencias.....                                                                 | 140 |

### ***Los desafíos del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ..... 143*** ***Álvaro Alfonso Patiño Yepes***

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción .....                                                                                                                       | 144 |
| 1. Un punto de partida: Kelsen y el derecho internacional.....                                                                           | 145 |
| 2. La experiencia del control de convencionalidad en Europa.....                                                                         | 147 |
| 3. La evolución del control de convencionalidad en la Corte IDH .....                                                                    | 151 |
| 4. El concepto y características del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH .....                              | 159 |
| 5. Los desafíos que presenta el control de convencionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) de cara al futuro..... | 161 |

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6. Definición explícita del contenido del bloque de convencionalidad..... | 164 |
| Conclusiones.....                                                         | 170 |
| Referencias.....                                                          | 172 |

***Orden público internacional en Colombia: vacíos conceptuales  
y desafíos para el siglo XXI ..... 176***  
***Pia M. Moscoso Restovic***

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción.....                                            | 177 |
| 1. El orden público en Colombia.....                         | 178 |
| 2. Orden público interno y orden público internacional ..... | 180 |
| 3. Orden público internacional colombiano .....              | 184 |
| Conclusiones.....                                            | 186 |
| Referencias.....                                             | 187 |

***¿Puede el derecho internacional impedir la guerra y poner límites  
al uso bélico de la tecnología? Una reflexión sobre el mundo  
moderno, la soberanía, la ciencia y la guerra..... 189***  
***Bernardo Vela Orbegozo***

|                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción.....                                                                                                           | 190 |
| 1. El orden político moderno .....                                                                                          | 191 |
| 2. El derecho internacional clásico.....                                                                                    | 193 |
| 3. La Ilustración, la ciencia y la guerra.....                                                                              | 197 |
| 4. Todos esperaban una terrible Gran Guerra .....                                                                           | 202 |
| 5. El derecho internacional contemporáneo: ¿supraestatalidad o<br>multilateralidad? .....                                   | 203 |
| 6. Idealistas y realistas constataron la misma realidad que<br>habían estudiado Heródoto y Tucídides en la antigüedad ..... | 205 |
| Conclusiones.....                                                                                                           | 209 |
| Referencias.....                                                                                                            | 212 |

**Capítulo tres / Reformas, servicio público y  
responsabilidad social .....219**

*La ley de la universalidad desde el servicio público: el saber ser.....220*  
*María Alexandra Ruiz Cabrera*

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| Introducción .....                | 221 |
| 1. El hoy.....                    | 222 |
| 2. Lo público como servicio ..... | 227 |
| 3. El saber ser .....             | 228 |
| Conclusiones.....                 | 229 |
| Referencias .....                 | 231 |

*Diligencia debida: Responsabilidad de las empresas, una necesidad  
de estudio dentro de las reformas .....233*  
*Edgar David Pérez Sanabria*

|                                                                                                                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción .....                                                                                                                                                                                                                          | 234 |
| 1. Incorporación de derechos humanos en la operación productiva.....                                                                                                                                                                        | 238 |
| 2. Ejemplos de consecuencias negativas de las empresas sobre los<br>derechos humanos .....                                                                                                                                                  | 242 |
| 3. Ejemplos de empresas acusadas de contribuir a la aparición de<br>consecuencias negativas para los derechos humanos.....                                                                                                                  | 242 |
| 4. Ejemplos de consecuencias negativas directamente vinculadas<br>a las operaciones, productos o servicios de una empresa en virtud<br>de sus relaciones comerciales, aunque la propia empresa tal vez<br>no haya contribuido a ellas ..... | 243 |
| 5. Principios de contratación responsable: integración de la gestión<br>de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las<br>negociaciones entre Estados e inversores: orientación para<br>los negociadores .....                 | 244 |

|                   |     |
|-------------------|-----|
| Conclusiones..... | 248 |
| Referencias ..... | 250 |

## **Capítulo cuatro / Derecho fundamental a la educación superior y reformas educativas..... 252**

*Educación Superior: Reformas, Tecnologías y Desafíos del Siglo XXI: Innovación Académica y Calidad Educativa. La calidad de la educación superior como derecho fundamental en las carreras de Derecho en Ecuador frente al principio de autonomía responsable..... 253*  
*Ximena Elizabeth Maldonado Erazo*

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción .....                                                                    | 254 |
| 1. Calidad educativa y derecho fundamental a la educación superior .....              | 256 |
| 2. Reformas y mecanismos de aseguramiento de la calidad en Ecuador.....               | 258 |
| 3. Autonomía responsable y derechos de las universidades vs. control de calidad ..... | 260 |
| Conclusiones.....                                                                     | 262 |
| Referencias .....                                                                     | 264 |

## **Capítulo cinco / Nuevas tecnologías, inteligencia artificial, trabajo y litigio ..... 266**

*Los retos del derecho laboral: nuevas realidades frente a viejos esquemas ..... 267*  
*Juan Pablo Rosero Gomajoa*

|                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción .....                                                                                                     | 268 |
| 1. El advenimiento de las herramientas de la cuarta revolución industrial como reemplazo de la fuerza de trabajo ..... | 270 |

|                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. El auge de los trabajadores digitales.....                                                                    | 272 |
| 3. El garantismo de los derechos laborales no moderado a las realidades económicas del país y las regiones ..... | 275 |
| Conclusiones.....                                                                                                | 278 |
| Referencias.....                                                                                                 | 280 |

***¿El reemplazo del trabajo humano por la inteligencia artificial hará que desaparezca el derecho del trabajo? ..... 283***  
***Luz Amalia Andrade Arévalo***

|                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción .....                                                                       | 284 |
| 1. Constitucionalización del derecho laboral en Colombia.....                            | 285 |
| 2. Normatividad colombiana de protección del trabajo frente a la irrupción de la IA..... | 288 |
| 3. Justificación de las normas laborales como protectoras de todo trabajo humano .....   | 291 |
| Conclusiones.....                                                                        | 298 |
| Referencias.....                                                                         | 299 |

***El derecho a la propia imagen vs. nuevas tecnologías: una reflexión desde el séptimo arte y sus íconos..... 301***  
***Manuel Antonio Coral Pabón***

|                                                                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción .....                                                                                                                              | 302 |
| 1. Conceptualización: Visiones jurisprudenciales y doctrinarias sobre el alcance del derecho a la propia imagen .....                           | 302 |
| 2. Caracterización del derecho a la propia imagen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia .....                             | 305 |
| 3. Acerca de ciertas normas de rango legal que se referirían a la protección del derecho a la propia imagen, sin mencionarlo expresamente ..... | 308 |

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. Derecho a la propia imagen vs. nuevas tecnologías:<br>el cine y sus íconos..... | 309 |
| Conclusión.....                                                                    | 311 |
| Referencias.....                                                                   | 312 |

|                                                                                                            |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <i>Desafíos de la inteligencia artificial en el litigio: impacto,<br/>limitaciones y perspectivas.....</i> | <i>314</i> |
| <i>Mónica Alejandra León Gil</i>                                                                           |            |

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción.....                                                    | 315 |
| 1. Impacto, limitaciones y perspectivas de la IA en el litigio ..... | 319 |
| Conclusiones.....                                                    | 326 |
| Referencias.....                                                     | 327 |

|                                     |            |
|-------------------------------------|------------|
| <b>CONCLUSIONES GENERALES .....</b> | <b>329</b> |
|-------------------------------------|------------|

|                     |            |
|---------------------|------------|
| <b>AUTORES.....</b> | <b>333</b> |
|---------------------|------------|

## **INTRODUCCIÓN**

Hay épocas en las que el derecho constitucional parece escrito para un mundo que ya no existe. Y, sin embargo, no hay otro lenguaje con mayor vocación de futuro que el propio constitucionalismo, el mismo que enfrentó al poder político y lo reguló; el que albergó las garantías y los derechos; el mismo que incorporó los diferentes controles de la división de poderes y el fortalecimiento de la democracia, y ahora se enfrenta al poder digital y al poder del algoritmo, con el nuevo constitucionalismo digital que se compromete a defender la tríada de derechos humanos, Estado de derecho y democracia, en el contexto de las nuevas tecnologías de la información, que imponen reformas y retos que el derecho debe asumir. Esto es lo que permite converger los núcleos temáticos que tiene el presente libro, resultado de un proyecto de investigación aprobado por el Centro de Investigaciones y Estudios Socio-Jurídicos – CIESJU de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, y que tuvo la participación de importantes académicos de Bolivia, Chile, España, Ecuador y Colombia, quienes socializaron sus resultados de investigación en un foro de ciencia jurídica constitucional denominado XI Congreso Internacional de Derecho Constitucional, realizado en abril de 2025.

Desde el punto de vista metodológico, la investigación se sustentó en el paradigma cualitativo con enfoque hermenéutico (Bernal, 2016), y recurrió a los métodos deductivo y de lógica jurídica (García, 2015). La adopción de este enfoque responde a la naturaleza del objeto de estudio de este trabajo, el cual está orientado al análisis de comportamientos sociales e institucionales, reformas jurídicas contemporáneas y transformaciones derivadas del avance tecnológico, fenómenos que, por su complejidad y dinamismo, exigen una aproximación comprensiva e interpretativa antes que meramente descriptiva (Aranzamendi, 2010).

En este sentido, el enfoque cualitativo permitió producir reflexiones y descripciones detalladas acerca de los fenómenos jurídicos examinados a partir de un tratamiento sistemático y crítico de las fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales consultadas (Hernández Sampieri et al., 2014). De este modo, las dos grandes temáticas que articulan la presente obra, es decir, las reformas sociales y jurídicas, y las nuevas tecnologías, fueron abordadas de manera integrada y coherente, con el propósito de construir las bases conceptuales necesarias para identificar categorías de análisis y propuestas de transformación frente a un ordenamiento jurídico que está llamado a adaptarse a las nuevas realidades y desafíos que trae consigo el siglo XXI.

Esta obra colectiva se estructura en cinco capítulos. El primero, Constitucionalismo, Dignidad Humana y Nuevos Derechos en el Siglo XXI, inicia con una reflexión que sitúa al constitucionalismo frente a uno de sus escenarios más decisivos: la transformación digital, a partir de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y límite del poder digital, en un entorno tecnológico que, además, crea riesgos e impulsa la aparición de nuevos derechos en el constitucionalismo digital. En seguida se aborda el fundamento de los derechos contemplados en la Constitución Política de 1991, contrastándolos con el modelo económico estatal y reivindicando la lucha social como motor de cambio y garantía del reconocimiento de derechos.

Después, en un giro hacia el ámbito del derecho privado, se aterriza en el impacto constitucional y los cambios surtidos en uno de los ámbitos más sensibles del orden jurídico: la familia y el estado civil de la persona. En este se aborda la Ley 1996 de 2019 desde el modelo social de la discapacidad, destacando su apuesta por la capacidad legal plena y por los mecanismos de apoyos, ajustes razonables y salvaguardias, como garantía de no discriminación y autonomía. Finalmente, se discute la tensión entre vínculos biológicos y socioafectivos en controversias de filiación, subra-

yando la ausencia de precedentes para reconocer la pluriparentalidad en Colombia y proponiendo un análisis judicial comparado que permita la coexistencia de vínculos, genéticos y afectivos, cuando lo exija el interés superior de niños, niñas y adolescentes. Como cierre del capítulo, se abordan las transformaciones sociales que obligan al derecho a redefinir sus categorías y el papel de la Constitución como lenguaje común para proteger la dignidad, la igualdad y los derechos en las nuevas familias en Colombia.

De este modo, el primer acápite logra amalgamar la abstracción del entorno digital con la realidad concreta de la familia y la discapacidad, concluyendo que la dignidad humana es el único criterio capaz de dotar de sentido a las categorías jurídicas frente a los cambios sociales del nuevo siglo.

El segundo capítulo, Control Constitucional, Convencionalidad y Orden Jurídico Internacional, amplía el horizonte y lleva la discusión al terreno del derecho público global, entendido como un espacio donde confluyen la ética pública, los sistemas regionales de derechos humanos y las tensiones geopolíticas. Por un lado, se abre la puerta al debate clásico, pero siempre vigente, del poder excepcional en el control de legalidad en los estados de excepción. Cuando la Constitución enfrenta la anormalidad, los controles no son un mero trámite, son la esencia del principio checks and balances que garantiza que en la excepcionalidad, lo extraordinario, no devore al Estado constitucional. Por otro lado, se examinan retos estructurales del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano desde su fundamentación teórica hasta sus desafíos actuales (delimitación del bloque, legitimidad institucional y escenarios de justicia transicional), subrayando su impacto en la justicia constitucional interna.

Asimismo, en el plano internacional, se reflexiona sobre el orden público como criterio que puede limitar la aplicación del derecho extranjero en Colombia, revelando vacíos conceptuales y tensiones propias del derecho internacional privado. Finalmente, el capítulo incorpora una

reflexión sobre la capacidad del derecho internacional para contener la guerra e imponer límites al uso bélico de la tecnología, una discusión que enlaza la soberanía, la ciencia y la supervivencia humana, y que reafirma por qué lo global ya no es un contexto externo, sino una dimensión imprescindible del derecho público contemporáneo.

El tercer capítulo, denominado Reformas, Servicio Público y Responsabilidad Social, se centra en un campo de estudio ético y de buenas prácticas en torno a fenómenos como la administración pública y la responsabilidad empresarial. Se propone un retorno a la filosofía kantiana para rescatar la vocación del servicio público como una barrera ética frente a la corrupción sistémica. De manera complementaria, se aborda la diligencia debida empresarial como herramienta para exigir el respeto efectivo de los derechos humanos laborales en operaciones y cadenas de suministro, proponiendo su integración en reformas legales para armonizar la libertad de empresa con la justicia social y así enfrentar fenómenos como la precarización, la tercerización y la informalidad.

El capítulo cuarto, Derecho Fundamental a la Educación Superior y Reformas Educativas, aporta una mirada del derecho a una educación superior de calidad, que enfrenta los embates de las reformas y desafíos del siglo XXI. Así, el texto que lo compone deja planteada una brújula para toda la obra: la dignidad como fundamento, control y garantía, y la educación como condición de posibilidad y de oportunidades del proyecto del Estado constitucional. La obra establece aquí que la reforma educativa es la reforma estructural por excelencia, pues la educación superior es el motor que permite la operatividad de todos los demás derechos fundamentales en una democracia.

Finalmente, el capítulo cinco, Nuevas Tecnologías, Inteligencia Artificial, Trabajo y Litigio, pone de presente un escenario donde las reformas dejan de ser una opción y se vuelven una condición necesaria para el dere-

cho frente a los cambios del mundo tecnológico y las reformas legales. En este escenario, la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías sustituyen la fuerza de trabajo y aparecen los trabajadores digitales, lo que conlleva un desajuste entre el garantismo laboral y las realidades económicas regionales, concluyendo que el derecho laboral colombiano no está preparado para los desafíos del siglo XXI. A la par, se examina la transformación del contrato frente a la digitalización y la inteligencia artificial, destacando que, aunque la teoría general ha permitido adaptaciones históricas, el cambio tecnológico plantea un reto cualitativamente distinto, centrado alrededor del consentimiento de la persona.

También se aborda el derecho fundamental a la propia imagen frente a la proliferación tecnológica, con especial atención al uso de la imagen en escenarios cinematográficos y a las dudas sobre autorizaciones, incluso en artistas fallecidos. El capítulo cierra con un tema crucial: la inteligencia artificial en el litigio, con sus beneficios (eficiencia y acceso), pero también con desafíos constitucionales como la transparencia, el debido proceso y la igualdad, además de la valoración y controversia de pruebas producidas con estas herramientas. Así, la tesis transversal del capítulo es clara: el derecho ya no puede leerse al margen de los principios y avances constitucionales.

Esta obra, compuesta con la participación de académicos de diversos países de Iberoamérica, está dirigida a contribuir a la doctrina nacional e internacional, de tal modo que el debate no se cierra, sino que, por el contrario, se invita a la apertura del diálogo académico vivo y a seguir repensando el derecho constitucional a la luz de nuevos paradigmas, que llevan a replantear instituciones, conceptos y categorías que solo una ciudadanía y una comunidad jurídica constitucional están en capacidad de enfrentar en un contexto de reformas, nuevas tecnologías y desafíos del siglo XXI.

*Cristhian Alexander Pereira Otero*  
*Director CIESJU*

## **REFERENCIAS**

Aranzamendi, L. (2010). *Investigación jurídica*. Grijley.

Bernal, C. (2016). *Metodología de la investigación* (4.a ed.). Pearson.

García, D. (2015). La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI. En: W. Godínez, y J. García (Coords.), *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker* (pp. 449-465). UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12863>

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, M. P. (2014). *Metodología de la investigación* (6.a ed.). McGRAW-HILL.



## **CAPÍTULO UNO**

### **Constitucionalismo, dignidad humana y nuevos derechos en el siglo XXI**

## **Dignidad humana: fuente de los nuevos derechos en la era digital**

---

**Cristhian Alexander Pereira Otero**

### **Resumen**

El presente texto examina las transformaciones y la evolución del concepto de dignidad humana frente a los desafíos contemporáneos derivados de la digitalización, la expansión del poder algorítmico y el desarrollo de la inteligencia artificial. El análisis se desarrolló mediante una metodología de carácter cualitativo con fundamento hermenéutico, centrada en la revisión de fuentes doctrinales y jurisprudenciales, y en un ejercicio de derecho comparado. Desde este enfoque se exploró la evolución conceptual de la dignidad humana, su papel en la configuración de nuevos derechos y su proyección en problemáticas propias de los entornos virtuales. El estudio permitió concluir que el constitucionalismo digital no debe concebirse como una mera adaptación tecnológica del constitucionalismo clásico, sino como una auténtica reinención orientada a humanizar los escenarios digitales. En este marco, la dignidad humana se consolida como fundamento de los nuevos derechos de la era algorítmica y como límite normativo esencial frente a la instrumentalización de las personas por parte de plataformas, algoritmos y sistemas de inteligencia artificial.

**Palabras clave:** dignidad humana, constitucionalismo, inteligencia artificial, nuevas tecnologías.

### **Abstract**

This text examines the transformations and evolution of the concept of human dignity in the face of contemporary challenges arising from

digitalization, the expansion of algorithmic power, and the development of artificial intelligence. The analysis was conducted through a qualitative methodology with a hermeneutic foundation, focused on the review of doctrinal and jurisprudential sources and on a comparative law approach. From this perspective, the study explored the conceptual evolution of human dignity, its role in shaping new rights, and its relevance to issues characteristic of virtual environments. The findings indicate that digital constitutionalism should not be understood as a mere technological adaptation of classical constitutionalism, but rather as a genuine reinvention aimed at humanizing digital spaces. In this context, human dignity emerges as the foundation of new rights in the algorithmic era and as an essential normative limit against the instrumentalization of individuals by platforms, algorithms, and artificial intelligence systems.

**Keywords:** human dignity, constitutionalism, artificial intelligence, new technologies.

## **Introducción: Naturaleza jurídica y concepto de la dignidad humana**

La naturaleza jurídica y el contenido mínimo de la dignidad humana pasa por un reconocimiento multifacético desde su concepción religiosa, filosófica, política y jurídica (Barroso, 2014). Este enfoque permite superar la idea de estatus planteada por Whitman (como se citó en Barroso, 2014) que toma fuerza después de la segunda postguerra.

Waldron (2019), por su parte, concibe la dignidad como un valor intrínseco e inalienable que posee todo ser humano por el solo hecho de serlo, propio de un estatus o rango elevado (una “nobleza universal”) que el derecho moderno ha democratizado para todas las personas.

Barroso (2014) aborda la dignidad humana como un principio y no un derecho fundamental autónomo. Para fines jurídicos, la dignidad

humana puede ser dividida en tres componentes: (i) valor intrínseco, que se refiere al estatus especial del ser humano en el mundo; (ii) autonomía, que expresa el derecho de cada persona, como un ser moral y como un individuo libre e igual, capaz de tomar decisiones y perseguir su propio ideal de vida buena; y (iii) valor comunitario, convencionalmente definido como la interferencia social y estatal legítima en la determinación de los límites de la autonomía personal.

La postura de Waldron (2019) deja en claro que la dignidad humana es el fundamento jurídico de los derechos humanos, la justificación moral de los mismos y el criterio interpretativo que ayuda a definir el sentido de los derechos en los casos donde se presenten lagunas, colisiones de derechos o tensiones entre derechos y metas colectivas. El autor coincide con Carozza (2011) en que la dignidad funciona como el fundamento de todos los derechos en múltiples sistemas constitucionales en el mundo (Alemania, Sudáfrica, Canadá, Colombia).

Atienza (2022) define a la dignidad humana como un “concepto puente” que une propiedades biológicas con consecuencias normativas, operando como la clave de bóveda de la moralidad. Sostiene que no puede reducirse solo a la autonomía liberal, pues constituye una unidad compleja en la que la igualdad es un elemento inseparable.

En la misma línea, Barak (2024) afirma que el contenido central de la dignidad es la humanidad de la persona, lo que implica ver al individuo siempre como un fin y nunca como un mero medio. De este modo, introduce la potente categoría de derecho-madre, del cual nacen derechos-hija no escritos expresamente en las constituciones. Esto permite considerar la existencia, por ejemplo, de derechos hija digitales, como lo son la privacidad mental, el derecho al olvido y la identidad neuronal.

La falta de una definición canónica o única de dignidad trae el riesgo de que este concepto sea un *flatus vocis* (‘palabras vacías’) si no se conecta

con la experiencia humana real y se evita que el concepto se banalice por su uso excesivo en casos triviales (Barak, 2024). Además, el perfeccionismo moral kantiano, que sirve de fundamento a estas posturas doctrinales, puede chocar con el pluralismo de las sociedades modernas.

En consonancia con lo anterior, adquiere relevancia la advertencia de Carozza (2011) sobre el riesgo de una inflación de derechos al crear nuevos derechos de manera indiscriminada a partir de teorías abstractas. Para el autor, todo “nuevo derecho” debe responder a una necesidad humana real, verificable en la experiencia y con efectos prácticos.

Para Carozza (2011), la dignidad funciona como un principio transversal que protege a la persona frente a cualquier forma de instrumentalización. Actúa como un elemento estructural del constitucionalismo, un límite absoluto y un criterio interpretativo. Además, indica que la dignidad se constituye en el punto de encuentro entre derecho constitucional e internacional, actuando como puente normativo entre constituciones nacionales y el derecho internacional de los derechos humanos.

Como conclusión previa, se identifican importantes coincidencias entre los autores revisados preliminarmente. En lo atinente al contenido mínimo de la dignidad humana, estos coinciden en que se trata de un concepto complejo que se articula a través de tres ejes fundamentales que permiten convertir una abstracción filosófica en una garantía jurídica real. Barroso (2014) identifica una concepción minimalista compuesta por el valor intrínseco de cada ser humano, la autonomía individual y el valor comunitario (límites impuestos por intereses sociales legítimos). Otra coincidencia es que la mayoría de los autores se inspiran en posturas kantianas: la prohibición de tratar al ser humano **únicamente como un medio** (Waldron, 2019) y que la dignidad es la base de todos los derechos humanos.

Por otro lado, se advierte la existencia de una tensión entre la dignidad como estatus de rango (Waldron, 2019) y la dignidad como valor moral

interno (Barroso, 2014; Atienza, 2022). Finalmente, los autores también difieren entre sí respecto a si se trata de un derecho absoluto (modelo alemán) o relativo y ponderable (modelos sudafricano, israelí y colombiano).

Ahora bien, si se proyectan estas posturas teóricas sobre la dignidad en contextos digitales, se deduce que el poder tecnológico no puede instrumentalizar a la persona y tratarla como un simple dato. Esto se traduce en que los algoritmos respeten la libre elección del usuario, su intimidad, privacidad, trabajo y libre desarrollo de la personalidad. De este modo se impide que las plataformas reduzcan a los individuos a perfiles o mercancías digitales, evitando así la humillación y procurando el respeto por el debido proceso en las plataformas digitales. En suma, el ciudadano no debe ser tratado como un objeto del *big data*, sino como un sujeto con rango frente a la máquina, todo esto en clave de dignidad humana y humanismo digital (Coeckelbergh, 2024).

## 1. La dignidad humana: evolución y alcance

La dignidad humana, en su origen y evolución histórica y filosófica, hunde sus raíces en la antigüedad, tanto en la tradición judeocristiana como en el pensamiento de Marco Tulio Cicerón en Roma (Barroso, 2014). En la Edad Media adquiere nuevos matices con la Escuela de Salamanca y Francisco de Vitoria, así como con la propuesta de Giovanni Pico della Mirandola (2002) en su *Oración por la dignidad humana*. Posteriormente, en la modernidad, el pensamiento kantiano consolida su comprensión a partir de la tríada formada por el valor intrínseco, la autonomía y el valor comunitario (Kant, 1990; 1968). Finalmente, la noción de dignidad se incorpora en las constituciones de la segunda postguerra y en instrumentos jurídicos internacionales (convenios, tratados y pactos), acompañada por un importante desarrollo jurisprudencial de cortes nacionales e internacionales que la han utilizado para dar fundamento a sus decisiones, garantizar derechos preexistentes y amparar nuevos derechos.

Hoy en día, la dignidad humana se constituye como un concepto básico y común en el derecho constitucional contemporáneo, pues aparece como fundamento en todas las constituciones de la segunda postguerra que adoptaron la fórmula jurídica política del Estado social de derecho. Su proceso de juridicidad ha irradiado todos los poderes públicos y privados, e impacta los ordenamientos jurídicos en Europa y América, al ser utilizado por diferentes altas cortes nacionales e internacionales en el mundo para la solución de problemas jurídicos concretos. Así, la dignidad humana se ha constituido como un límite al poder y una fuente inagotable de nuevos derechos, alcanzando un significado y alcance polisémico en el derecho constitucional, tal como puede evidenciarse en los siguientes ejemplos:

En Alemania, después del atentado del 11 de septiembre de 2001, se aprobó la ley de seguridad en la aviación que facultaba al ministro de defensa a usar fuerza letal en contra de aviones comerciales en aquellos casos en los cuales uno de estos hubiese sido secuestrado y se tuviera indicios de que sería usado como un arma contra vidas humanas. El Tribunal Constitucional Federal alemán declaró inconstitucional la ley, porque el sacrificio de vidas humanas inocentes para favorecer a otras es contrario a la dignidad (Waldron, 2019). Otra providencia importante, pero de la Corte Federal Administrativa de ese mismo país, está relacionada con el reproche legal de los espectáculos pornográficos, en los llamados *peep shows*, por ser contrarios a la dignidad en su dimensión objetiva (Hennette-Vauchez, 2011).

En Francia, el reconocido espectáculo del “lanzamiento de enanos” en bares fue prohibido por el Ministerio del Interior por ser una práctica contraria al orden público que no solo comporta la prevención de las riñas, sino también la protección de la dignidad humana, decisión administrativa que fue respaldada en su legalidad por el propio Consejo de Estado (Hennette-Vauchez, 2011).

En Estados Unidos, la Suprema Corte, con el liderazgo del Juez Warren ha invocado de forma subyacente la dignidad humana para amparar nue-

vos derechos, como ocurrió en los siguientes asuntos. En el caso *Trop v. Dulles* se sostuvo que la desnacionalización es un castigo incompatible con la dignidad, según se desprende de la octava enmienda. Por otro lado, en *Miranda v. Arizona* se concluyó que los derechos del capturado aparecen como expresión de la dignidad (Barroso, 2014). Y en *Rochin v. California* se condena el lavado forzado de estómago a internos, como una práctica denigrante (Cornell Law School, 2025).

En Inglaterra, el artista Neil Harbisson defendió su derecho a decidir qué tipo de especie quiere ser. Su condición de persona-cyborg, resultado de tener un ojo electrónico en su cabeza como extensión de sus sentidos, fue cuestionada por el gobierno al momento de renovar su pasaporte (García Barcelona, 2019). Finalmente, en este asunto, la dignidad humana se elevó otra vez como la razón para darle fuerza al argumento de que las personas-cyborg no dejan de ser personas, sino que son seres humanos con compuestos cibernéticos incorporados a los elementos orgánicos que, no por ello, pueden dejar de ser consideradas como tales.

Neil Harbisson justificó que el ojo electrónico era ya parte de su cuerpo y extensión de sus sentidos. En 2016, él en compañía de Rich MacKinnon propusieron una lista de derechos civiles de los cyborg, partiendo de la redefinición y defensa de las libertades civiles cyborg y la santidad de los cuerpos cyborg (Franchea, 2019). En esa misma línea, se planteó la defensa de la propiedad, las licencias y el control sobre anatomías aumentadas, alternativas o sintéticas; sobre las comunicaciones, datos y telemetría que estas generen; así como sobre la propia definición de lo que significa ser humano.

De acuerdo con la *The Cyborg Bill of Rights V1.0*, los derechos reconocidos son los siguientes. En primer lugar, la libertad de desmontaje, relacionada con el respeto que representa la persona-cyborg en cuanto a su cuerpo integralmente considerado, al estar libre de registros, incautaciones, suspensiones o interrupciones de funciones, separaciones, desmantelamiento o desmontajes innecesarios sin el debido proceso. En segundo

lugar, la igualdad para mutantes, según el cual los derechos, beneficios y responsabilidades que tienen todas las personas naturales también son extensivos para los mutantes. Y, en tercer lugar, el derecho a la naturalización orgánica, relacionado en dos sentidos, el primero, con la potestad que tiene la persona de estar libre de propiedad de terceros que puedan explotarlo o perjudicarlo y el segundo con el derecho de autodiseñarse (Cyborg Foundation, 2016). Estos derechos guardan una estrecha relación con el significado de la dignidad humana desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, aspecto que se aborda enseguida<sup>1</sup>.

## **2. La dignidad humana en Colombia**

En Colombia, la dignidad humana es el pilar sobre el cual se edifica el Estado social de derecho (Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión T-486, 1992; Sala Plena, SU-068, 2023). En el territorio nacional, la Corte Constitucional, a través de su vasta y rica jurisprudencia, viene desarrollando este concepto, el cual se ha construido como norma jurídica reconociendo sus dimensiones de valor, principio y derecho constitucional fundamental autónomo. Como valor fundante, la dignidad se concibe como el pilar esencial del ordenamiento jurídico y del Estado (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-881, 2002; Sala Quinta de Revisión, T-324, 2011), teniendo un valor absoluto que no puede ser limitado, ponderado ni disminuido bajo ninguna circunstancia, constituyéndose como el fin último del Estado (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-068, 2023). Al entenderse como principio constitucional, actúa como un parámetro de interpretación para todo el ordenamiento

---

<sup>1</sup> La dignidad humana, en el primer derecho, se expresa en el respeto por la integridad física y moral de la persona. El segundo derecho, asociado a la igualdad, se relaciona estrechamente con la cualificación de las condiciones de existencia, pues extiende a los cyborg todos los derechos reconocidos a las personas naturales; en términos de la Corte Constitucional, garantiza vivir bien. Finalmente, el tercer derecho se vincula con el respeto por los planes o proyectos de vida, es decir, con la autonomía o “vivir como [se] quiera” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-881, 2002, p. 16).

jurídico, guiando las actuaciones del Estado y de los particulares. En tercer lugar, como derecho fundamental autónomo, se entiende como un derecho inherente a todas las personas por su sola condición de ser humano, que impone al Estado y a la sociedad obligaciones positivas y negativas para garantizar su plena efectividad.

La dignidad humana, además de ser abordada como norma jurídica, es sistematizada desde tres objetos concretos de protección que le dan un contenido material: (i) Respeto a la capacidad para construir un plan de vida y determinarse conforme a él (vivir como quiera). (ii) Condiciones materiales de existencia que hagan agradable vivir (vivir bien) y (iii) Respeto a la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-881, 2002).

Estas tres formas de abordarse la dignidad humana han contribuido a la construcción de nuevos derechos. A partir de la interpretación constitucional y de la cualificación de las condiciones de existencia, la dignidad humana ha servido para delinear el concepto de vida plena (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-499, 1992), fundamentar el derecho al mínimo vital (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-426, 1992), y justificar las sentencias estructurales que declararon el estado de cosas inconstitucional en las cárceles (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-596, 1992), así como para favorecer la situación de los desplazados (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-025, 2004) y los pensionados (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-068, 1998). También ha permitido el desarrollo de los derechos bioculturales, como en el caso de la sentencia del río Atrato (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-622, 2016), la protección de las mujeres habitantes de calle (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, T-398, 2019), el reconocimiento

del derecho al agua (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-891, 2014) e incluso el derecho a la recuperación de la pérdida funcional de un órgano del cuerpo humano (Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión, T-883, 2014). Acudiendo a un ejemplo de mayor actualidad, recientemente se ha reconocido el derecho al cuidado de las personas en situación de discapacidad en el ámbito de la salud (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-498, 2024). Tal como se observa, todos estos derechos provienen o tienen como fundamento a la dignidad humana.

En la línea de la autonomía, la dignidad ha sido considerada como el núcleo del libre desarrollo de la personalidad y, desde ese punto de partida, ha dado un punto de partida a los derechos fundamentales a la dosis personal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-221 de 1994), la eutanasia (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-239, 1997; C-233 de 2021), la identidad sexual del niño emasculado (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-477, 1995), la interrupción voluntaria del embarazo (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-355, 2006; C-055, 2022) y el novedoso derecho a la resocialización (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-009, 2022).

Desde el respeto a la intangibilidad del ser humano, la dignidad humana implica la prohibición de sanciones degradantes, como es el caso de la establecida a un estudiante de llevar un esparadrapo por hablar en clase (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-402, 1992) o la de obligar a dos adultos mayores a arrastrarse en una servidumbre de tránsito cercada por el vecino (Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión, T-036, 1995), entre otras providencias que salvaguardan la integridad física y moral del ser humano. Asimismo, la Corte ha señalado que la dignidad humana no solo protege ámbitos previamente definidos, sino que también opera como una fuente última, un verdadero principio de principios, de la cual deriva la existencia y validez de buena parte de los llamados derechos innominados (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-397, 2006).

Al pasar de una concepción puramente iusnaturalista, derivada del artículo 94 constitucional, que da origen a la cláusula innominada de derechos, la dignidad aborda una concepción normativista o funcionalista, con los nuevos ámbitos de protección como un verdadero derecho fundamental.

Ahora bien, los tiempos contemporáneos de la cuarta revolución industrial<sup>2</sup> han traído consigo fenómenos como el poder tecnológico, el desarrollo de la inteligencia artificial y el uso intensivo de algoritmos, los cuales, en la era digital, generan nuevas tensiones para la dignidad humana

En Colombia, el desarrollo jurisprudencial de la dignidad humana se ha convertido en una fuente inagotable de derechos y en el punto de partida para la proyección de nuevos derechos que la invocan de manera constante. Sin embargo, persiste cierto indeterminismo respecto de su concepto y alcance, lo que ha permitido que la dignidad humana sirva de fundamento para una amplia gama de nuevos derechos, que van desde los derechos de los ríos<sup>3</sup> hasta su invocación en asuntos como el suicidio asistido y el desarrollo de los DESCA. Aunado a ello, la dignidad humana enfrenta desafíos emergentes: los derechos de los seres sintientes, los dilemas de la maternidad subrogada, la donación y utilización de embriones y fetos humanos, la clonación, los derechos de las personas-cyborg, los derechos de los robots, entre otros.

---

<sup>2</sup> “Estamos en el comienzo de una cuarta revolución industrial. Comenzó a principios de este siglo y se basa en la revolución digital. Se caracteriza por un internet mucho más ubicuo y móvil, por sensores más pequeños y potentes que se han vuelto más económicos, y por la inteligencia artificial y el aprendizaje automático... Es la fusión de estas tecnologías y su interacción a través de los dominios físico, digital y biológico lo que hace que la cuarta revolución industrial sea fundamentalmente diferente de las revoluciones anteriores” (Schwab, como se citó en Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-323, 2024).

<sup>3</sup> “Entre otros, se han catalogado como ecosistemas sujetos de derecho: el río Atrato (Chocó), Cauca, Magdalena, Quindío, Pance (Valle del Cauca), La Plata (Huila), Otún (Risarcaldá), el páramo de Pisba (Boyacá), la región de la Amazonia colombiana, los afluentes Coello, Combeima y Cocora (Tolima) y el Vía Parque Isla de Salamanca (Magdalena)” (Periódico UNAL, 2020, párr. 12).

En suma, puede afirmarse que la dignidad humana proporciona el núcleo normativo fundamental para la protección de la persona, permitiendo a los jueces y tribunales justificar no solo la aplicación estricta de los derechos fundamentales preexistentes, sino también la expansión progresiva de su contenido para abarcar nuevos derechos y condiciones necesarias para una existencia digna. Sin embargo, esta amplitud fundacional conlleva el riesgo de que el concepto se vuelva excesivamente maleable y su aplicación dependa en gran medida del contexto local y de la ideología judicial adoptada.

### **3. La inteligencia artificial y las tensiones con la dignidad humana**

No existe una definición consensuada o unívoca de la inteligencia artificial (en adelante IA) que sea universalmente aceptada, más aún cuando existen múltiples disciplinas que la abordan desde perspectivas y enfoques distintos. Una definición útil para esta disertación consiste en entenderla como un sistema capaz de resolver racionalmente problemas complejos o tomar acciones apropiadas para lograr sus objetivos en cualquier circunstancia del mundo real que se encuentre. No obstante, el abordaje de la IA puede ser comprendido como una especie de disciplina científica que busca desarrollar métodos y algoritmos soportados en sustratos artificiales que permitan generar comportamientos inteligentes, permitiendo así la generación de sistemas artificiales dotados de inteligencia capaces de resolver problemas y realizar tareas (Corvalán, 2021).

El profesor Corvalán (2019; 2020) considera que la IA es un conjunto de sistemas tecnológicos basados en algoritmos que procesan datos, aprenden de ellos y actúan con cierto grado de autonomía, realizando tareas o tomando decisiones que tradicionalmente requerían inteligencia humana, contando con implicaciones jurídicas, éticas y sociales (Corvalán, 2017).

Por otro lado, para el profesor Presno Linera (2022) la dignidad humana representa un mínimun invulnerable en los contextos de IA. Además,

aporta una definición adecuada de la misma, según la cual esta puede entenderse como la habilidad de máquinas y sistemas informáticos para ejecutar tareas tradicionalmente reservadas a la inteligencia humana, que abarca competencias como el aprendizaje automático, el procesamiento del lenguaje natural y la toma de decisiones avanzadas (Presno Linera, 2022).

A nivel gubernamental, el *Reglamento de Inteligencia Artificial*, aprobado por el Consejo y el Parlamento Europeo, la define de la siguiente manera:

‘AI system’ is a machine-based system designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments<sup>4</sup> (Council of the European Union, 2024, p. 97).

La principal tensión entre la IA y la dignidad humana surge de la posibilidad de que su desarrollo y uso no regulados menoscaben derechos fundamentales. Esta cuestión cobra especial importancia en materia de administración de justicia, pues es perentorio que el uso de estas tecnologías no atente contra la dignidad humana (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2019).

En respuesta a estas tensiones, han surgido marcos éticos y regulatorios a nivel global y nacional, como por ejemplo la *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial* de la UNESCO (2022), adoptada por 193 Estados,

---

<sup>4</sup> Traducción: “Un sistema de inteligencia artificial’ es un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”.

la cual establece como valor principal el “Respeto, protección y promoción de los derechos, las libertades fundamentales y la dignidad humana” (p. 18). Fruto de la lectura de este instrumento, la Corte Constitucional extrajo las siguientes conclusiones:

El respeto a la dignidad humana debe estar presente a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA. Ninguna persona ni comunidad debería sufrir daños o sometimiento durante ninguna etapa del ciclo de vida de los sistemas de IA... las personas nunca deberían ser cosificadas, su dignidad no debería ser menoscabada de ninguna otra manera y sus derechos humanos y libertades fundamentales nunca deberían ser objeto de violación o abusos (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-323, 2024, p. 76).

Para mitigar los riesgos derivados del uso de IA, se han propuesto diversos principios orientadores. Colombia, a través de su *Marco Ético para la Inteligencia Artificial*, destaca principios como el control humano de las decisiones, la no discriminación, la inclusión y la prevalencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República [DAPRE], 2021). La política pública nacional, reflejada en el Documento CONPES 3975, enfatiza la necesidad de promover la igualdad y evitar la discriminación en el diseño de algoritmos, asegurando la transparencia y la rendición de cuentas (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2019).

En Colombia, la política pública se ha alineado con estas directrices, al acoger las recomendaciones de la OCDE (2019) sobre IA, que promueve la centralidad de los derechos humanos y los valores democráticos. En el mismo sentido, se ha desarrollado el *Marco Ético para la Inteligencia Artificial*, que busca guiar a las entidades públicas en el diseño, desarrollo e implementación de estas tecnologías bajo principios como la no discriminación, la inclusión y el beneficio social (DAPRE, 2021).

Lo anterior permite llegar a una conclusión previa y es que la inteligencia artificial puede y debe utilizarse para reducir los sesgos y la discriminación en nuestras sociedades y promocionar la igualdad de derechos y un cambio social positivo.

La transición hacia una sociedad digitalizada ha generado nuevos escenarios en los que los derechos fundamentales (en particular, la dignidad humana) requieren una protección reforzada y una redefinición de sus alcances. Sin embargo, persisten desafíos significativos frente a las nuevas tecnologías, especialmente la IA, que plantea interrogantes sobre su impacto en la dignidad humana dentro de los entornos digitales. La jurisprudencia reciente ha empezado a reconocer que la garantía de los derechos fundamentales implica afrontar estos retos y repensar la aproximación a tales controversias, especialmente a partir de categorías como el principio de dignidad humana en el contexto de una sociedad digital. Por lo tanto, en el siguiente acápite se examinarán algunas decisiones de cortes y tribunales nacionales e internacionales, que han enfrentado el poder digital desde la perspectiva de la dignidad humana como criterio interpretativo para la resignificación de los derechos existentes.

#### **4. Aportes del derecho internacional comparado para los límites del poder digital desde la dignidad humana**

La expansión del poder de las plataformas digitales, la circulación transnacional de datos y la necesidad de proteger derechos fundamentales en entornos virtuales han llevado a que distintas cortes supranacionales y nacionales utilicen la dignidad humana como un instrumento interpretativo y de expansión de los derechos clásicos y generación de nuevos derechos, como es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia *Google Spain SL v. AEPD*, que consolida el “derecho al olvido digital”, reconociendo que los motores de búsqueda son responsables del tratamiento de datos personales y que los individuos pueden exigir

la supresión de enlaces obsoletos o irrelevantes que conserve el control sobre su identidad digital y decidan qué información personal puede seguir circulando en la red (TJUE, C131/12, 2014). Esta sentencia deja claro que la persona no puede ser reducida a un conjunto de datos ni quedar sometida permanentemente a la lógica del mercado informativo, es decir, no puede ser instrumentalizada. Además, introdujo la idea de que la dignidad y la autodeterminación informativa tienen proyección constitucional en el entorno digital, amplió la noción de soberanía digital y la extraterritorialidad de la protección de datos, al obligar a las empresas globales con sede fuera de la Unión Europea a respetar los derechos (TJUE, C131/12, 2014).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estableció la doctrina *Delfi* en dos importantes sentencias, la primera que lleva su nombre *Delfi AS v. Estonia* y la segunda *Sánchez v. Francia*. En la primera decisión el Tribunal examinó la responsabilidad de un portal de noticias por comentarios anónimos ofensivos de sus usuarios. De este modo introdujo el principio de “responsabilidad editorial mitigada” al confirmar la sanción impuesta al medio digital por permitir discursos de odio y obligó a los intermediarios digitales a adoptar medidas razonables para prevenirlo, además de redefinir el equilibrio entre libertad de expresión y protección de la dignidad y reputación en clave de los deberes de la debida diligencia (TEDH, 64569/09, 2015).

En segunda instancia, el Tribunal confirmó la condena penal de un político por no moderar sus comentarios racistas en su página de Facebook. En esta ocasión se reafirmó la responsabilidad activa del titular de espacios digitales públicos frente a los discursos de odio y el deber de cuidado constitucional en el ecosistema digital, donde la dignidad es el límite legítimo de la libertad de expresión, la cual se ejerce en clave de valores democráticos, pues el espacio digital también es un espacio moral, donde los usuarios deben respetar la dignidad de todos (TEDH, 64569/09, 2015).

En el plano nacional, en los Estados Unidos puede evidenciarse el caso *Carpenter v. United States* reconoció que el acceso a datos de geolocalización sin orden judicial vulnera la cuarta enmienda, sentando bases para la protección constitucional de la privacidad algorítmica. El tribunal protegió la privacidad de la información de geolocalización frente a la vigilancia estatal no autorizada, al advertir que la tecnología puede transformar la vida privada en un espacio de exposición permanente (U.S. Supreme Court, *Carpenter v. United States*, 2018). Reafirmó, además, el ‘derecho a ser dejado en paz’ (*right to be left alone*) como dimensión existencial de la dignidad, imponiendo límites al poder estatal y corporativo de vigilancia, y subrayando que la dignidad requiere esferas de intimidad inviolables (U.S. Supreme Court, *Carpenter v. United States*, 2018; Stone, 2020).

## 5. El Constitucionalismo digital y la dignidad humana

El constitucionalismo digital surge como una respuesta jurídica contemporánea a los desafíos que plantea la sociedad interconectada: la expansión del poder de las plataformas digitales, la circulación transnacional de datos y la necesidad de proteger derechos fundamentales en entornos virtuales (Leonesi Maluf, 2014; Ángel Cabo, 2015). Este concepto puede entenderse como la adaptación de los principios constitucionales clásicos (especialmente la dignidad humana, los derechos fundamentales y el control del poder) a un ecosistema dominado por plataformas, algoritmos y circulación global de información.

Las decisiones judiciales abordadas con anterioridad permiten extraer tres conclusiones parciales. En primer lugar, evidencian una relectura de los derechos fundamentales, en particular de la privacidad, la libertad de expresión y el debido proceso en entornos digitales. En segundo término, reflejan un reforzamiento del control del poder tecnológico, mediante la imposición de límites constitucionales a actores privados de alcance global, especialmente las denominadas *Big Tech*. Finalmente, muestran

una tendencia hacia la universalización de las garantías, a través de la articulación entre la soberanía constitucional de los Estados y los estándares internacionales de derechos humanos. Así, las decisiones del TJUE, el TEDH y las cortes nacionales marcan el tránsito desde un constitucionalismo centrado en el Estado hacia uno centrado en la protección de la persona frente al poder tecnológico global.

El constitucionalismo digital ha sido entendido de la siguiente manera:

... digital constitutionalism is the ideology that adapts the values of contemporary constitutionalism to the digital society. It does not identify the normative responses to the challenges of digital technology, but rather embodies the set of principles and values that informs and guides them. Conversely, the emerging normative responses can be regarded as the components of a process of constitutionalisation of the digital environment<sup>5</sup> (Celeste, 2019, p. 76).

Visto lo anterior, este concepto representa una nueva fase del constitucionalismo contemporáneo: la adaptación de los valores fundamentales, especialmente la dignidad humana, al entorno del poder tecnológico global. Frente al poder expansivo de los algoritmos, la vigilancia digital y las plataformas, el derecho internacional comparado ha actuado como un laboratorio normativo en el que la dignidad es el canon interpretativo de los derechos fundamentales y a la vez el límite del poder digital.

---

<sup>5</sup> Traducción: "... la ideología que adapta los valores del constitucionalismo contemporáneo a la sociedad digital. No identifica las respuestas normativas a los desafíos de la tecnología digital, sino que encarna el conjunto de principios y valores que las informa y guía. Por el contrario, las respuestas normativas emergentes pueden considerarse componentes de un proceso de constitucionalización del entorno digital".

## **6. El constitucionalismo digital en Colombia**

La Corte Constitucional, mediante las sentencias C-206 de 2025 y T-256 de 2025, ha avanzado hacia la consolidación de un nuevo constitucionalismo digital. La primera providencia deja en claro la neutralidad de la red como un principio constitucional y define cómo debe organizarse el mercado de acceso a internet para no distorsionar otros derechos, al establecer que los proveedores de internet no pueden discriminar el tráfico según contenidos, aplicaciones o servicios (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-206, 2025). La Corte desplaza la neutralidad de un asunto meramente técnico a un asunto constitucional, al entender que la forma en que se estructura el mercado de acceso a internet modela el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, pues el acceso no discriminatorio a la red se trata como una condición para otros derechos (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-206, 2025). Esta decisión dio inicio al debate que busca acompasar la neutralidad de la red con la verdadera inclusión digital, sin que se hable formalmente del derecho fundamental al acceso a internet.

La segunda sentencia resolvió una acción de tutela interpuesta por una influenciadora contra la plataforma Meta, a raíz del cierre definitivo de su cuenta de Instagram, que contaba con varios millones de seguidores, sin que mediara un procedimiento claro ni una motivación suficiente. La Corte dejó claro que el juez constitucional tiene jurisdicción sobre conflictos que ocurren en internet frente a empresas globales cuando tal conflicto tiene una conexión relevante con Colombia y produce efectos claros sobre personas en el territorio nacional (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-256, 2025), toda vez que el poder de las plataformas se encuentra sometido a los derechos constitucionales fundamentales de libertad de expresión, igualdad, debido proceso y protección del trabajo digital (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-256, 2025). Este avance en la articulación entre constitucionalismo y protección

de derechos abrió nuevas discusiones sobre las tensiones entre neutralidad y acceso, entre control judicial y autonomía privada, y entre libertad de expresión y la moderación responsable de contenidos.

Con ello se evidencia que la Corte aplicó el efecto horizontal de los derechos fundamentales (desarrollado por el constitucionalismo alemán) al exigir a particulares de alcance internacional, como las plataformas digitales, definidas como “foros públicos [gestionados] por particulares” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-256 de 2025, p. 40), que respeten los derechos fundamentales. Aunque se trate de actores privados, están obligados a garantizar la libertad de expresión, la igualdad, la no discriminación, el debido proceso y la protección del trabajo. Para la Corte, las redes sociales no son espacios ajenos a los derechos, a la dignidad ni al constitucionalismo; por el contrario, están sometidas a los estándares de debido proceso, igualdad y proporcionalidad.

## **Conclusiones**

En definitiva, puede afirmarse que la dignidad humana ha potenciado y reconfigurado el discurso de los derechos fundamentales, al erigirse simultáneamente como su fuente inagotable y como la frontera infranqueable que deben respetar tanto los poderes públicos como el desarrollo de las nuevas tecnologías y de la inteligencia artificial frente a la persona. No obstante, queda abierto un interrogante central para el constitucionalismo contemporáneo: si la dignidad humana, en su condición de principio estructurante del constitucionalismo digital, será suficiente para establecer límites efectivos y garantías frente al poder de las plataformas tecnológicas y de la inteligencia artificial, así como para enfrentar los debates emergentes sobre el eventual reconocimiento de derechos a los *cyborgs* y a nuevos sujetos no humanos, como robots, humanoides o máquinas (García Prieto, 2019).

El desarrollo jurisprudencial analizado, integrado por pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos y de diversas cortes nacionales, permite concluir que el constitucionalismo digital no debe concebirse como una simple adaptación tecnológica del constitucionalismo clásico, sino como una auténtica reinención de la protección de la dignidad humana en la era algorítmica. Esta jurisprudencia evidencia que la dignidad, lejos de ser una noción meramente abstracta, se ha consolidado como un criterio operativo capaz de humanizar el ciberespacio y de redefinir las fronteras entre libertad, responsabilidad y justicia en los entornos digitales.

Desde este canon interpretativo, la dignidad humana fundamenta la autonomía individual y permite justificar derechos como la autodeterminación informativa, así como la protección frente al determinismo algorítmico<sup>6</sup> o la prohibición de instrumentalización algorítmica, que buscan evitar que el ser humano sea reducido a un perfil biométrico o un flujo de datos mercantilizable. En la misma línea, aspectos como la vida digna y el mínimo vital se extienden en el mínimo vital digital, que impone al Estado el deber de garantizar un acceso equitativo a la tecnología para evitar que la brecha digital se convierta en una fuente de desigualdad o de estatus irreversible.

En este sentido, la dignidad humana, en su dimensión digital, se eleva como el código fuente de los derechos y, al mismo tiempo, como el freno natural del poder estatal y el nuevo poder digital. En términos de Elster (2015), es el mástil al que Ulises debe atarse para no sucumbir al canto de las sirenas.

---

<sup>6</sup> “El Tribunal Constitucional Alemán emitió una importante sentencia sobre los programas predictivos que, utilizando los datos disponibles sobre el pasado de la persona calculaban la probabilidad de que esta se comporte de una determinada manera (posiblemente reinicie el delito). Un enfoque de este tipo puede incorporar los estereotipos presentes en una sociedad, en particular sobre criterios económicos, étnicos, religiosos y de carácter sexual. El Tribunal consideró que el análisis de datos realizado a través de estos programas vulneró el derecho a la autodeterminación informativa que se deriva del derecho de la personalidad reconocido en el artículo 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental (LF), en relación con la protección de la dignidad humana a que se refiere el art. 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental” (Miranda Bonilla, 2025, p. 363).

## **REFERENCIAS**

- Ángel Cabo, N. (Noviembre, 2015). *Diálogo Constitucional, Debates Constitucionales en el sur, Descentralización, Conflictividades, Paz y Nuevas Tecnologías*. Trabajo presentado en Diálogos Constitucionales, Pasto, Colombia. <https://www.youtube.com/watch?v=uO2Z6DmTqwQ&t=7603s>
- Atienza, M. (2022). *Sobre la Dignidad Humana*. Trotta.
- Barak, A. (2024). *La dignidad humana como valor y como derecho constitucional*. Palestra.
- Barroso, L. R. (2014). La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. Universidad Externado de Colombia.
- Carozza, P. (2011). Human Dignity in Constitutional Adjudication. *Comparative Constitutional Law*, (11-17), 459-472. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1799436](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1799436)
- Celeste, E. (2019). Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers & Technology*, 33(1), 76-99. <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>
- Coeckelbergh, M. (2024). What is digital humanism? A conceptual analysis and an argument for a more critical and political digital (post) humanism. *Journal of Responsible Technology*, 17, 1-4. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666659623000161#:~:text=Los%20humanistas%20digitales%20observan%20en,y%20digitalizaci%C3%B3n%20de%20lo%20humano>.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2019). Documento CONPES 3975: Política Nacional Para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3975.pdf>

- Cornell Law School. (2025). Legal Information Institute: U. S. Supreme Court. *Rochin v. People of California*. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/342/165>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (11 de agosto de 1992). Sentencia T-486 [M.P.: Cifuentes, E.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (8 de febrero de 1995). Sentencia T-036 [M.P.: Gaviria, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (29 de agosto de 2019). Sentencia T-398 [M.P.: Rojas, A.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (20 de noviembre de 2014). Sentencia T-883 [M.P.: SÁCHICA, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355 [MM.PP.: Araujo, J. y Vargas, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (16 de marzo de 2023). Sentencia SU-068 [M.P.: Cabo, N.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de mayo de 1997). Sentencia C-239 [M.P.: Gaviria, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (21 de febrero de 2022). Sentencia C-055 [MM.PP.: Lizarazo, A. y Rojas, A.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (22 de julio de 2021). Sentencia C-233 [M.P.: Fajardo, D.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (24 de mayo de 2006). Sentencia C-397 [M.P.: Araujo, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (29 de mayo de 2025). Sentencia C-206 [MM.PP.: Ibáñez, J. y Ángel, N.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (5 de mayo de 1994). Sentencia C-221 [M.P.: Gaviria, C.].

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (10 de diciembre de 1992). Sentencia T-596 [M.P.: Angarita, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (12 de junio de 2025). Sentencia T-256 [M.P.: Ángel, N.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (20 de noviembre de 2014). Sentencia T-891 [M.P.: Calle, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. (4 de mayo de 2011). Sentencia T-324 [M.P.: Palacio, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (2 de agosto de 2024). Sentencia T-323 [M.P.: Cortés, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (21 de agosto de 1992). Sentencia T-499 [M.P.: Cifuentes, E.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (24 de junio de 1992). Sentencia T-426 [M.P.: Cifuentes, E.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (3 de junio de 1992). Sentencia T-402 [M.P.: Cifuentes, E.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (17 de octubre de 2002). Sentencia T-881 [M.P.: Montealegre, E.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (23 de octubre de 1995). Sentencia T-477 [M.P.: Martínez, A.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (5 de marzo de 1998). Sentencia T-068 [M.P.: Martínez, 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 Sexta de Revisión. (20 de enero de 2022). Sentencia T-009 [M.P.: Ortiz, G.].

- 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. (26 de noviembre de 2024). Sentencia T-498 [M.P.: Fajardo, D.].
- Corvalán, J. (2017). Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 8(2), 26-66. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172787>
- Corvalán, J. (2021). *Tratado de inteligencia artificial y derechos: Tomo I*. Editorial La Ley.
- Council of the European Union. (2024). Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>
- Cyborg Foundation. (2016). The Cyborg Bill of Rights V1.0. <https://www.fundacioncyborg.org/>
- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (2021). Marco ético para la inteligencia artificial en Colombia. <https://minciencias.gov.co/sites/default/files/marco-etico-ia-colombia-2021.pdf>
- Elster, J. (2015). *Ulises y las Sirenas, Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Fondo de Cultura Económica.
- Franchea, M. T. (2019). Ser cyborg: subjetividades híbridas en el capitalismo cognitivo. Potencialidades y límites. *Revista Hipertextos*, 12(7), 68-97. <https://doi.org/10.24215/23143924e004>
- García Barcelona, J. M. (2019). Neil Harbisson: “Reclamo el derecho a ser un cibernauta”. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20191005/47800763095/neil-harbisson-reclamo-derecho-ser-ciborg.html#:~:text=Harbisson%20defendi%C3%B3%20el%20derecho%20de,las%20especies%20que%20nos%20rodean>

- García Prieto, J. (2019). ¿Qué es un robot? En M. Barrio (dir.). *Derecho de los robots* (pp. 29-64). Wolters Kluwer.
- Hennette-Vauchez, S. (2011). A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence. *International Journal of Constitutional Law*, 9(1), 32-57. <https://doi.org/10.1093/icon/mor031>
- Kant, E. (1968). *Cimentación de la Metafísica de las Costumbres*. Aguilar.
- Kant, E. (1990). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Porrúa.
- Leonesi Maluf, P. J. (2024). The Emergence of Digital Constitutionalism within the Historical Trajectory of Constitutionalism. *Beijing Law Review*, 15(4), 1861-1881. <https://doi.org/10.4236/blr.2024.154105>
- Miranda Bonilla, H. (2025). El control jurisdiccional de herramientas de inteligencia artificial: un estudio de derecho comparado. En E. A. Velandia Canosa (dir.). *Derecho Procesal Constitucional. Inteligencia Artificial y Neuroderechos* (pp. 349-372). Universidad la Gran Colombia.
- Mirandola, G. P. (2002). *Oración por la dignidad humana*. Opus Magnum.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. (2019). Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>
- Periódico UNAL. (2020). Ecosistemas como sujeto de derecho: ¿qué son y cuáles son sus implicaciones? <https://periodico.unal.edu.co/articulos/ecosistemas-como-sujeto-de-derecho-que-son-y-cuales-son-sus-implicaciones/#:~:text=Entre%20otros%2C%20se%20han%20catalogado,el%20V%C3%ADa%20Parque%20Isla%20de>
- Presno Linera, M. Á. (2022). *Derechos Fundamentales e Inteligencia Artificial*. Marcial Pons.
- Stone, D. (2020). Saving America's Privacy Rights: Why Carpenter v. United States Was Wrongly Decided and Why Courts Should Be Promoting Legislative Reform Rather Than Extending Existing Privacy Jurisprudence. *St. Mary's Law Journal*, 51(1), 223-270. <https://commons.stmarytx.edu/thestmaryslawjournal/vol51/iss1/7>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (13 de mayo de 2014). Caso C131/12. Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González. [M.P.: Ilešič, M.].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (16 de junio de 2015). Demanda 64569/09, 2015. Caso Delfi AS v. Estonia.

U.S. Supreme Court. (22 de junio de 2018). Caso Carpenter v. United States, 585 U.S. [M.P.: Roberts, C.].

UNESCO. (2022). Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial. <https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>

Waldron, J. (2019). *Democratizar la Dignidad. Estudios sobre la Dignidad Humana y Derechos*. Universidad Externado de Colombia.

## **La lucha social como fundamento de los derechos humanos**

---

**Carlos Eduardo Martínez Noguera**

### **Resumen**

En la mayoría de constituciones políticas latinoamericanas se han consagrado cartas de derechos que dan cuenta de un gran desarrollo en materia normativa, incluida la jurisprudencia. En el caso de Colombia, tenemos un ordenamiento jurídico de tipo garantista, al cual se debe sumar el conjunto de órganos e instituciones creadas con el propósito de hacer realidad la protección y promoción de los derechos humanos en forma integral y permanente. No obstante, lo que se evidencia hasta el momento es una sistemática vulneración que no permite el normal progreso y desarrollo del país, originando además una enorme brecha económica y social. Esto a pesar de la consagración del Estado social de derecho y la supremacía constitucional a partir de 1991.

Lo anterior pone de presente la necesidad de revisar los fundamentos de los derechos humanos, a fin de determinar la raíz de este problema, encontrando en la lucha social una explicación adecuada y un insumo importante para la creación de una cultura de los derechos humanos, la cual va mucho más allá de las distintas posturas de orden filosófico y jurídico que solo se limitan a un desarrollo teórico y normativo, sin constatar en la realidad fáctica su promoción y cumplimiento.

**Palabras clave:** ordenamiento jurídico, derechos humanos, Estado social de derecho, supremacía constitucional, lucha social.

### **Abstract**

In most latin american political constitutions, human rights charters have been enshrined, reflecting significant development in normative matters,

including jurisprudence. In the case of Colombia, we have a guarantor-type legal system, to which must be added the set of governmental entities and institutions created with the purpose of making the protection and promotion of human rights a comprehensive and permanent reality. However, what has been evidenced so far is a systematic violation that does not allow for the normal progress and development of the country, also creating a huge economic and social gap. This, despite the enshrinement of the Social State of Law and constitutional supremacy since 1991.

This highlights the need to review the foundations of human rights in order to determine the root of this problem, finding in social struggle an adequate explanation and an important input for the creation of a human rights culture, which goes far beyond the various philosophical and legal positions that are limited to theoretical and normative development without verifying their promotion and compliance in factual reality.

**Keywords:** legal system, human rights, social State of law, constitutional supremacy, social struggle.

## INTRODUCCIÓN

En el caso latinoamericano, el devenir de las cartas de derechos humanos es paradójico, debido a que estos se encuentran consagrados en las normas, pero, al mismo tiempo, son objeto de violación permanente. Si se trata de determinar las causas de esta situación, encontramos, entre otras, la imposibilidad de aplicar en forma directa la Constitución Política, dejando dicha labor a la ley, la cual, mayoritariamente, le quita el contenido o la reduce bastante. De esta manera, la garantía y protección de los derechos humanos no se realiza en forma efectiva o, simplemente, nunca se da.

A lo anterior, se debe agregar la usurpación sistemática de lo público por parte de la clase política y los grandes grupos empresariales y econó

micos, mediante mecanismos asociados con la corrupción y la creación de legislación que, con apariencia de beneficio al interés colectivo, favorece los grandes intereses particulares. Igualmente, es pertinente señalar como otra razón que determina la vulneración de derechos, el peso fuerte de algunas posturas teóricas en torno a los derechos humanos que, siendo afines al poder político, los consideran meras aspiraciones, quitándole su valor normativo y su sentido pleno. Precisamente, esta última causa señalada nos motiva a efectuar unas reflexiones acerca de la comprensión de los derechos humanos y sus desafíos.

## **1. Fundamentos de los derechos humanos**

Partimos del hecho de que, en materia de derechos humanos, una de las situaciones más sobresalientes es el divorcio entre lo que se piensa en torno a ellos, lo que se consagra por escrito desde el punto de vista normativo y su cumplimiento en la vida real. Pese a los “avances” constitucionales, legales, doctrinales y jurisprudenciales, desde la perspectiva oficial, con contadas excepciones, aún se observa indiferencia y manipulación; es decir, el discurso de los derechos humanos ha sido utilizado como instrumento de legitimación, pero sin resultados efectivos o concretos que signifiquen progreso o desarrollo para la sociedad, como también para vulnerarlos o aplazar de manera indefinida su realización.

De lo anterior, se puede inferir que uno de los grandes desafíos sobre derechos humanos es, al menos, disminuir la distancia entre sus fundamentos, su positivización y su cumplimiento, para lo cual se hace necesario, entre otras, una auténtica comprensión de los primeros, pues, sin un entendimiento claro de estos fundamentos, difícilmente se puede garantizar la protección u observancia, quedándose el tema de los derechos estancado en el discurso y el accionar oficial, sabiéndose muchas veces con anticipación que no se producirá ningún tipo de cumplimiento con lo prometido o anunciado.

Consideramos que, a través de la historia, son los sectores populares y sus dinámicas de lucha, el principal fundamento de los derechos humanos. Por lo tanto, su comprensión plena pasa por la lucha social antes que por el mismo terreno de la filosofía, el derecho u otros campos del saber académico, los cuales, sin dejar de ser interesantes y necesarios, no apuntan a la verdadera raíz del problema para determinar su incumplimiento en la vida práctica. No obstante, es válido tomar algunas perspectivas teóricas constitucionales para una mejor comprensión de su importancia, necesidad y defensa, especialmente en el contexto actual de complejidades y confusiones.

### ***1.1. La supremacía constitucional***

A lo largo de mucho tiempo, el contexto europeo valoró a la Constitución como un documento de carácter político, es decir, sin ninguna incidencia sobre el orden jurídico. Se asumía que la supremacía era la del legislador, bien sea en forma directa, como en el ámbito de la Gran Bretaña, o en forma indirecta, como lo fue en Francia. En el caso norteamericano fue diferente, debido a que, desde un comienzo, se logró consolidar la propuesta de un Estado constitucional de derecho, cuyo principal cimiento sería la idea de la supremacía jurídica de la Constitución, a la cual se le dio la consideración de una norma jurídica con fuerza vinculante (Carrillo, 2018).

Entonces, fueron dos versiones de la Constitución las que desprendieron de los modelos mencionados. Por un lado, la perspectiva europea en la que el Estado se traduce en un ente organizado de acuerdo a ciertos principios y valores, de naturaleza política y simbólica, enmarcados en la condición de meras aspiraciones, pero que, bajo ninguna circunstancia, representaban normas por encima de la ley que sometían la actividad de los poderes del Estado. De ahí que en la cumbre del ordenamiento jurídico se ubicaba la ley elaborada por el legislador.

La visión norteamericana configuró una Constitución con poder vinculante, al cual se deben someter los demás poderes del Estado, siendo factible, de esta manera, el control de constitucionalidad.

En Colombia, se acogió la visión europea. Es decir, nuestro ordenamiento jurídico se fue moldeando a partir de la supremacía de la ley frente a la Constitución. Por tal razón, a lo largo del siglo XIX, los pocos derechos incluidos en la carta se asumieron como simples declaraciones morales, sin un valor jurídico vinculante, que servían como parámetros de orientación al legislador, pero que nunca lo obligaban. Si bien es cierto, en 1910 se expidió el Acto Legislativo 3, a través del cual se le otorgó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar inconstitucional las leyes que no guarden coherencia con la Constitución (Asamblea Nacional de Colombia, 1910, art. 41), este realmente no fue efectivo, pues se ejercía con mucha debilidad debido a que sus pronunciamientos respaldaban tanto las leyes expedidas por el Congreso de la República, como los decretos presidenciales, aún en casos de evidente limitación de los derechos fundamentales, bajo el pretexto de la colaboración armónica entre los poderes.

Con el transcurrir de los años, se fue formando en el contexto nacional una corriente de pensamiento jurídico a partir de las nuevas obras de la teoría del derecho y de la argumentación, que iba mucho más allá del pensamiento kelseniano y que comienza a darle prelación a la decisión judicial, impulsando así una principialística que llegaría a ocupar su lugar de importancia en la Constitución Política de 1991, cuyo contenido haría énfasis en los principios, valores, derechos y acciones, los cuales darían nuevas herramientas para la proyección futura de los fallos judiciales, incluidos los de la nueva Corte Constitucional.

Con la Constitución Política de 1991, se consolidó la idea de una carta vinculante para todas las ramas y órganos del poder público y con eficacia directa sobre el resto del ordenamiento jurídico, configurando, además,

una serie de mecanismos e instituciones que apuntaban a la democratización del poder político mediante una novedosa distribución y un control integral a través de diversas formas, incluido el ejercido por la ciudadanía.

A diferencia de la carta política de 1886, el escenario creado por la Constitución de 1991 generó las condiciones adecuadas para que la jurisprudencia constitucional se convierta en una fuente de derecho y en un instrumento de consulta permanente por parte de la ciudadanía, en aras de tratar de exigir las garantías a sus derechos. Esto conllevó a la formación de dos posturas o puntos de vista. Por un lado, quienes, de manera optimista, llegaron a considerar que el nuevo carácter normativo de la Constitución nos transportaría a una interpretación garantista, capaz de adecuarse a las florecientes condiciones históricas concretas y que contribuyera a la reconciliación nacional y a la convivencia pacífica. La otra visión, crítica de la producción de jurisprudencia por considerarla excesiva, originando los choques entre Cortes, el Congreso de la República y el Gobierno nacional, sumado a un “activismo judicial”, cuyas consecuencias desembocarían en un gobierno de los jueces, la politización de la justicia y el riesgo de caer al vacío bajo el manto de una inseguridad jurídica.

Lo cierto es que, de manera pública y con gran intensidad, se poseisionó entre la sociedad la idea de que la Constitución Política de Colombia propugna por un modelo bastante aproximado a la democracia constitucional, en el que juegan un papel fundamental los derechos blindados por los principios y los valores que, de alguna manera, se constituyen en los muros de cimiento del Estado social de derecho, a partir de la expedición de la nueva carta.

## ***1.2. El Estado social de derecho***

El artículo 1 de la Constitución Política establece la fórmula política del Estado colombiano. Consagra que: Colombia es un Estado social de

derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizado, participativo, pluralista y que, además, sus entidades territoriales existen con fundamento en la autonomía. Igualmente, establece cuatro principios fundantes, a saber: dignidad humana, trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 1).

Bajo la anterior consideración, se puede afirmar que nuestro país pasó del Estado de derecho al Estado social de derecho; obviamente, desde una perspectiva, hasta el momento, netamente nominal. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que el Estado social de derecho “no se limita a reconocer derechos a los individuos, sino que además funda su legitimidad, en la eficacia, en la protección y otorgamiento efectivo de los mismos” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-158, 1998), es decir son “beneficios que de manera imperativa deben ser otorgados a sus titulares” (Quinche, 2009, p. 84).

Igualmente, el alto tribunal constitucional formuló, de manera inicial, los contenidos del Estado social de derecho mediante la sentencia T-406 de 1992 y estableció las dimensiones cuantitativa y cualitativa, siendo la primera la garantía de estándares mínimos de salario, educación, salud, vivienda, alimentación, etc., los cuales deben ser otorgados bajo la consideración de derecho pleno y no de ayuda o caridad, y que se reflejan en el Estado de bienestar (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-406, 1992).

La segunda dimensión hace alusión al conjunto de principios y de derechos fundamentales que inspiran el funcionamiento de la organización política, siendo uno de estos el de la democracia participativa y sus mecanismos de aplicación, el control político al ejercicio del poder, y el conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que, se supone, le dan fundamento al funcionamiento de la organización política (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-406, 1992).

El paso de los años fue mostrando la manera en cómo la Corte Constitucional, a través de sus líneas jurisprudenciales, se ocupó de las relaciones de las autoridades y los diferentes órganos del Estado con la naturaleza jurídica y política del Estado social de derecho, sobre la base de dos grandes perspectivas: el papel del legislador, cuyas decisiones normativas deben atender la justicia y la equidad, y la construcción de políticas públicas por parte de las autoridades, especialmente las de elección popular. En ambas se debe actuar en consonancia estrecha con el marco constitucional.

## **2. Los derechos humanos en la Constitución Política**

En las bases conceptuales del constitucionalismo alemán, que se configura después de la segunda guerra mundial, y en el constitucionalismo español, a partir de 1978, tomó fuerza la teoría de los derechos fundamentales, según la cual estos son un núcleo básico de derechos en conexión con los valores éticos y, por lo mismo, dotados de un máximo nivel de garantía reforzada que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos subjetivos (Chinchilla, 2020).

La Constitución Política colombiana de 1991 tomó los aspectos esenciales de esta concepción e hizo una consagración de derechos por generaciones, diferenciando los derechos fundamentales de los derechos económicos, sociales y culturales, y de los derechos colectivos y del ambiente. Es decir, solo a un grupo minoritario de todos estos derechos les dio la calidad de fundamentales en forma expresa.

No obstante, la Corte Constitucional asumió un criterio de interpretación amplio mediante el cual construyó un concepto jurisprudencial de derechos fundamentales, indicativo de que estos no son únicamente los consagrados en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política. Entre las pautas fijadas, se destacó la de la conexidad, que permitía darle fundamento a cualquier derecho de tipo constitucional por su estrecha

relación con un derecho individual (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-406, 1992). Estas se fueron ampliando con una serie de argumentos de tipo axiológico con el objetivo de amparar la dignidad humana como un derecho fundamental, además de ser principio fundante y valor, y con categorías como la del derecho al mínimo vital, como parte de la vida en condiciones dignas.

La dinámica de ampliación de criterios por parte de la Corte Constitucional continuó más adelante, al entrar a considerar que todos aquellos derechos constitucionales que sean necesarios para el logro de la dignidad humana serán tenidos como derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-095, 2016) y, por lo tanto, podrán ser concretados en derechos subjetivos, situación que incluyó al bloque de constitucionalidad.

En consecuencia, se produjo el hecho de catalogar como derechos fundamentales no solo a los individuales, sino también a los derechos sociales y a los colectivos. En otras palabras, desde la perspectiva jurisprudencial se configuró un importante criterio que da cuenta del reconocimiento directo de un derecho como fundamental en la medida en que brinde certeza de combatir una arbitrariedad.

Los aspectos anteriores nos indican un fortalecimiento en la conceptualización y aplicación de los derechos humanos. Al fin de cuentas, derechos humanos y derechos fundamentales se consideran como sinónimos, en la medida en que en varios ordenamientos y sistemas jurídicos se les ha dado ese tratamiento, es decir, se asumen como derechos fundamentales a todos los derechos humanos. Además, el Protocolo de San Salvador de 1988, que es adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado que los derechos en sus diferentes categorías son un todo indisoluble cuya base es el reconocimiento de la dignidad humana (Organización de Estados Americanos [OEA], Protocolo de San Salvador, 1988).

Bajo esta importante influencia, encontramos un avance significativo que supera a la clasificación por “generaciones” que se hace de los derechos, permitiendo configurar una denominación muchísimo más adecuada que trajo un cambio sustancial en los niveles de protección, pues, en este sentido, todos los derechos deben estar en la misma altura.

No obstante, la realidad nos muestra que, pese a la supremacía constitucional puesta en marcha en nuestro país a partir de 1991, el paso del Estado de derecho al Estado social de derecho y la amplia consagración normativa de los derechos, acompañada de sus extensivos desarrollos conceptuales, tanto en materia doctrinal como jurisprudencial, los incumplimientos y vulneraciones son permanentes. Al respecto, tenemos una Constitución garantista, lo cual supondría una mejora sustantiva en la promoción y protección de los derechos, que se traduciría en un nivel elevado de vida de la población en general, especialmente de los sectores populares, pero la realidad es distinta.

Durante casi 35 años de vigencia de la Constitución Política de 1991, la brecha social entre ricos y pobres ha crecido de manera enorme. Las grandes élites económicas dominantes han continuado en la fase de acumulación de capital en forma exitosa, a costa de la explotación y vulneración de derechos de las clases bajas. La clase media prácticamente ha desaparecido.

Surge, entonces, la pregunta acerca de la causa que determina tal situación, encontrando, entre otras, una razón que nos parece determinante y que pasamos a explicar brevemente a continuación.

### **3. La contradicción constitucional**

La Constitución Política de 1991 consagró aspectos importantes: principios y valores, un largo catálogo de derechos; las acciones para la garantía de los mismos, principalmente la tutela; los mecanismos de participación ciudadana; el reconocimiento de la diversidad; las bases para un nuevo ordenamiento territorial en procura de un nuevo Estado; la creación de

la Corte Constitucional, entre otros. Todo esto en medio de una fórmula política que significó un gran avance democrático con respecto a la antigua carta de 1886, como es el Estado social de derecho, junto a cuatro importantes principios fundantes: dignidad humana, trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general (C.P. 1991, art. 1). En otras palabras, una Constitución garantista.

No obstante, en la misma Constitución Política quedó un elemento que ha sido problemático en su manejo y que se convierte en una de las causas del incumplimiento de la garantía de los derechos, como es el relacionado con el régimen económico y de la hacienda pública, consagrado en el Título XII, artículos 332 a 373, el cual se ha convertido en el punto de partida y de apoyo para las diferentes reformas que han significado la construcción y fortalecimiento del modelo neoliberal en Colombia.

En sí, el Título XII no constitucionaliza de manera expresa el neoliberalismo, pero sí define el sistema económico de una manera bastante amplia, permitiendo, desde la perspectiva política del poder, la construcción de un orden expresivo de un modelo económico neoliberal (Estrada, 2004). Efectivamente, la Constitución económica ha sido interpretada de acuerdo a los grandes intereses de las élites dominantes, especialmente los financieros, de tal manera que sea el gobierno de turno respectivo el que se encargue de esta labor. En otras palabras, dependiendo del perfil ideológico del tipo de gobierno y de los intereses que represente, se dará la interpretación y aplicación respectivas del texto constitucional. Por lo tanto, el objetivo del capital siempre será el de apuntar a mantener el dominio del poder político.

Casi todos los gobiernos de Colombia bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991 han sido de esencia neoliberal. Por lo tanto, la aplicación que estos han hecho de la “norma de normas”, principalmente del Título XII, ha sido bajo la óptica del libre mercado. De ahí sus resultados:

apertura económica, flexibilización laboral, privatizaciones de lo público, liberación de las leyes económicas que ubican al Estado como un simple guardián de lo fiscal, etc.

No se puede perder de vista que, por un lado, la Constitución actual fue el resultado de un proceso de luchas en el que, a lo largo de varios años, los sectores sociales y populares venían exigiendo desde los campos y ciudades mejores condiciones y garantías de vida. Pero, por otro lado, también estaba el gran capital que necesitaba adecuar el ordenamiento jurídico para la implementación del modelo neoliberal, y esto iniciaba con las reformas constitucionales que se materializaron con la Asamblea Nacional Constituyente. Por ello, el gobierno del liberal César Gaviria Trujillo también jugó sus cartas políticas, movió su maquinaria y logró elegir un alto número de constituyentes, quienes, al interior de la Asamblea, establecieron pactos con las bancadas mayoritarias, principalmente con la de la Alianza Democrática M-19, la del Movimiento de Salvación Nacional de Álvaro Gómez, a los que se sumaron los constituyentes indígenas. De ahí que el resultado haya sido la Constitución Política vigente, sometida, a lo largo de estos años, a muchas reformas por parte del Congreso de la República, varias de las cuales han tratado de alterar su esencia para consolidar los intereses del capital financiero.

Dicha esencia se manifiesta a través de los principios y valores que apuntalan el Estado social de derecho, modelo que no se ha materializado en la práctica, precisamente por la puesta en marcha del neoliberalismo. Se trata de una fuerte tensión entre constitucionalismo social y modelo neoliberal, en la cual va ganando este último (Dueñas, pág. 122, 2011).

Sin desconocer aspectos importantes en materia de derechos humanos que representan avances con relación a la anterior carta política de 1886 y que deben ser asumidos como instrumentos de lucha por parte de los movimientos sociales para exigir al Estado mayor cumplimiento y

garantías, lo cierto es que el aspecto económico ha sido determinante y se ha constituido en una verdadera talanquera para la garantía de los mismos. De tal manera que cualquier tipo de mejora al respecto queda opacada o con efectos mínimos frente a la avalancha neoliberal, cuyas aplicaciones en la vida práctica han arrasado con las conquistas históricas, principalmente de la clase trabajadora.

#### **4. La lucha social, principal fundamento de los derechos humanos**

Todo lo anterior pone de manifiesto que el fundamento principal de los derechos humanos, y a la vez, la prenda de garantía para su cumplimiento, es el de la lucha social. Los vacíos dejados por el incumplimiento hacia los mismos por parte del Estado deben ser ocupados por la dinámica de la lucha, la cual es el único mecanismo efectivo para que estos sean positivizados y se cumplan en la práctica. La historia de la humanidad está llena de cantidades de ejemplos que muestran cómo aquellos momentos en el que las autoridades públicas garantizan los derechos, generalmente están respaldados por la masivas movilizaciones sociales y populares, siendo la presión el elemento dinamizador para que los Estados actúen en favor de los pueblos.

En Colombia, se cayó en una especie de optimismo exagerado por parte de muchos sectores sociales, incluidos quienes se identifican con el pensamiento democrático y progresista, pues se llegó a considerar que, con la simple consagración constitucional del Estado social de derecho y de toda la carta de derechos, se solucionarían automáticamente la gran mayoría de problemas económicos y sociales que afectan gravemente a las mayorías nacionales. Incluso, se pensó que con sentencias constitucionales se construiría el Estado social de derecho. Nada más alejado de la realidad.

No obstante, para generar este tipo de dinámicas sociales se requiere de una cultura de derechos humanos con urgencia, la cual, necesariamente,

pasa de manera previa por asumir el fundamento de estos a partir de los movimientos y movilizaciones sociales.

En otras palabras, se necesita de la lucha social más que de la misma aceptación y promoción por parte del Estado en cuanto al fundamento de los derechos, pues, cuando este los llega a garantizar, lo hace en muchos casos de manera obligada, pero la legitimidad cultural de los derechos realmente se adquiere en el marco de la lucha social y solo así estos pueden ser reclamados con eficacia en todos los niveles e instancias.

En este orden de ideas, nos identificamos con aquellas tesis que, partiendo del fundamento de la lucha social y de una cultura de derechos humanos, consideran que se puede generar la consecución de algunos factores, tales como: la promoción y testimonio de valores de humanidad para convocar a otros sectores populares, en aras de irradiar medios más amplios de legitimidad político-cultural de las luchas en favor de los derechos; el fortalecimiento de las denuncias en caso de violación de los derechos humanos; el control social y popular a la aplicación de las normas que contienen los derechos y una política permanente de educación popular en torno a los derechos humanos (Gallardo, 2006).

De esta manera, se pueden generar unos niveles adecuados de conciencia social sobre los derechos humanos que, además de la protesta por su vulneración o incumplimiento, también ocasionarían situaciones de apoyo eficaz cuando las autoridades tengan la voluntad de garantizarlos, pero se encuentran con la fuerte oposición de los grandes grupos económicos.

## **Conclusiones**

Estas reflexiones nos permiten afirmar categóricamente que el tema de los derechos humanos, desde el punto de vista académico, no puede seguir siendo estudiado y analizado a través de las diferentes teorías, con rigurosidad intelectual incluso, pero de espaldas a la verdadera realidad.

Si asumimos que uno de los grandes objetivos de la educación superior, especialmente de la universidad pública, es la proyección social con el fin de aportar conocimiento a la solución de los problemas de la sociedad, como es el caso de los del entorno regional, tenemos que la investigación sobre las dinámicas de los movimientos sociales en torno a la exigencia de los derechos humanos debería estar al orden del día.

Indudablemente, la retroalimentación academia-sociedad puede contribuir a la creación de una cultura de los derechos humanos, pues, además de la actitud propositiva académica, reflejada en aspectos como la capacitación a los sectores populares en cuestiones de derechos humanos, los actores universitarios también se pueden retroalimentar de las luchas sociales, fortaleciendo su mirada sobre la realidad y aportando a la fundamentación de los derechos.

## **REFERENCIAS**

- Asamblea Nacional de Colombia. (31 de octubre de 1910). Reformatorio de la Constitución Nacional [Acto Legislativo 3 de 1910]. DO: 14.131
- Carrillo de la Rosa, Y. (2018). *Filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Chinchilla, T. E. (2020). *Crítica a la mitología del discurso constitucional*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (29 de abril de 1998). Sentencia C-158 [M.P.: Naranjo, V.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (5 de junio de 1992). Sentencia T-778 [M.P.: Angarita, C.]
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (25 de febrero de 2016). Sentencia T-095 [M.P.: Linares, A.].
- Dueñas, O. J. (2011). *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Editorial Universidad del Rosario.
- Estrada, J. (2004). *La construcción del modelo neoliberal en Colombia 1970-2004*. Ediciones Aurora.
- Gallardo, H. (2006). *Derechos humanos como movimiento social*. Ediciones desde abajo.
- Quinche, M. (2009). *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Editorial Universidad del Rosario.
- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1988). Protocolo de San Salvador. <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>

## Un futuro sin discriminación para las personas con discapacidad mayores de edad: Ley 1996 de 2019

---

Cecilia Díez Vargas

### Resumen

Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2006 y su ratificación por Colombia en el año 2011, se adoptó un *modelo social* de la discapacidad. En desarrollo de los compromisos válidamente adquiridos por el Estado colombiano, se gestó y promulgó la Ley 1996 de 2019, que desarrolla en el ordenamiento interno los postulados convencionales, establece las medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad y dispone la posibilidad de acceder a los apoyos que puedan requerirse para su ejercicio.

El cambio de paradigma introducido por la Ley 1996 de 2019, obliga a conocer en forma precisa el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Por ese motivo, el propósito del presente es tratar de explicar los aspectos neurálgicos de la Ley 1996 de 2019. Para el efecto, se dividirá el análisis en tres acápite dedicados, en su orden, a: (i) exponer los mecanismos formales para la adjudicación de apoyos; (ii) exaltar la importancia de los ajustes razonables y las salvaguardias; y (iii) proponer algunas conclusiones.

**Palabras clave:** discapacidad, modelo social de discapacidad, Ley 1996 de 2019, acuerdo de apoyos, apoyos judiciales.

### Abstract

With the adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in 2006 and its ratification by Colombia in 2011, a social

model of disability was established. In fulfillment of the commitments validly undertaken by the Colombian State, Law 1996 of 2019 was drafted and enacted. This law incorporates the provisions of the Convention into domestic legislation, establishes specific measures to guarantee the right to full legal capacity of persons with disabilities, and provides for the possibility of accessing the necessary support for its exercise.

The paradigm shift introduced by Law 1996 of 2019 necessitates a precise understanding of the exercise of legal capacity by adults with disabilities. For this reason, the purpose of this document is to explain the key aspects of Law 1996 of 2019. Accordingly, the analysis will be divided into three sections, focusing respectively on: (i) the formal mechanisms for the allocation of support; (ii) the importance of reasonable accommodations and safeguards; and (iii) some conclusions.

**Keywords:** disability, social model of disability, Law 1996 of 2019, support agreement, judicial supports.

## INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en el año 2006, su posterior entrada en vigencia en el año 2008 y su ratificación por Colombia en el año 2011, tienen como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad mayores de edad y promover el respeto de su dignidad inherente, en condiciones de igualdad (Organización de las Naciones Unidas, CDPD, 2006).

Es un hecho de gran importancia en la era de los derechos humanos y una radical decisión para dejar de lado concepciones irreverentes e inaceptables en relación con la discapacidad, con el objetivo de reem-

plazarlas por un enfoque social del derecho. En virtud de este enfoque, la discapacidad se relaciona con las barreras que tiene que enfrentar una persona con limitaciones físicas, cognitivas, psicosociales o sensoriales, al interactuar con el entorno que la rodea y que le impide el pleno ejercicio de todos sus derechos.

En ese contexto, la Convención adoptó un *modelo social* de la discapacidad, que establece que la discapacidad surge de la interacción de la persona con barreras que la sociedad le impone para el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás<sup>7</sup> (Organización de las Naciones Unidas, CDPD, 2006). Por ello, se debe entender que la discapacidad no está dentro de las personas, ni es la misma en todas partes.

Tanto la Convención como la Ley, reconocieron la plena autonomía para la toma de las decisiones. Ello significa que las personas con discapacidad pueden expresar su voluntad y preferencias de manera libre e independiente para la suscripción de actos jurídicos, o pueden hacerlo

---

<sup>7</sup> El modelo social de que aquí se trata, prohijado también en Colombia mediante la Ley 1996 de 2019, ha sido explicado por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia STC16392 de 2019 y en el auto AC-253 de 2020, ambas providencias con ponencia del Magistrado Aroldo Quiroz Monsalvo. En la sentencia, la Corporación afirmó que “... Las personas con discapacidad no deben ser tratadas como pacientes sino como verdaderos ciudadanos y sujetos de derechos, que requieren que se les apoye en la toma de sus decisiones y no que se les sustituya o anule. Se debe dar prelación a su autodeterminación...resaltando que en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC16392, 2019). Por su parte, en el auto recordó que “... La Ley 1996 de 2019 optó por el modelo social de regulación de los aspectos atinentes a las personas mayores de edad con discapacidad, pues ya no concibe este tipo de sujetos como improductivos o ajenos al funcionamiento de la sociedad (modelo de prescindencia) ni mucho menos enfermos o demandantes de curación médica (rehabilitador), sino como personas que pueden servir a la sociedad” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, AC253, 2020) (Resaltado fuera del texto original). Un mayor desarrollo sobre los modelos de prescindencia, rehabilitador y su contraste con el actual modelo social se puede encontrar en Ortiz (2021).

con el acompañamiento de una persona de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Así las cosas, fue en desarrollo de los compromisos válidamente adquiridos por el Estado colombiano que se gestó y promulgó la Ley 1996 de 2019, que desarrolla en el ordenamiento interno los postulados convencionales, establece las medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad y dispone la posibilidad de acceder a los apoyos que puedan requerirse para su ejercicio (Ley 1996, 2019).

Como corolario obligado de la implantación del nuevo sistema de apoyos, hubo de desaparecer, en buena hora, la figura de la interdicción. La interdicción, de vieja data conocida en Colombia, se caracterizó por ser una figura sustitutiva de la voluntad de las personas. Esta modificación, que merece especial mención, marca un hito jurídico y transformador hacia la no discriminación y la satisfacción plena de los derechos de las personas con discapacidad<sup>8</sup>.

El cambio de paradigma introducido por la Ley 1996 de 2019, obliga a conocer en forma precisa el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Ya no son de recibo, entonces, aquellas visiones según las cuales se debe sustituir y deponer la voluntad de la persona mayor de edad con discapacidad; ahora se la reconoce, se la reivindica y se la exalta, al punto de que se le permite al individuo, cuando así se requiera, contar con uno o varios apoyos<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> El artículo 53 de la Ley 1996 de 2019 expresamente derogó la institución de la interdicción, sin perjuicio del régimen de transición que estatuyó para la revisión de los procesos de interdicción o inhabilitación culminados antes de la promulgación de la Ley (Ley 1996, 2019, arts. 53 y 56). La conformidad de la primera disposición (artículo 53), prohibitoria de la interdicción, con la Carta Política, fue declarada por la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2021.

<sup>9</sup> Para explicarlo en los términos de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, “el concepto de discapacidad antes y después de la Ley 1996 de 2019 es

Como toda innovación, el nuevo régimen del ejercicio de la capacidad legal de la persona con discapacidad mayor de edad, tendrá que pasar por el proceso de adaptación. Esa es la nueva encomienda que tenemos los colombianos como sociedad para garantizar el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y la aplicación de la norma sin discriminación ni abuso. Y es que, si bien la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya hace parte del sistema jurídico colombiano, en la práctica se observa la persistencia de grandes barreras para la realización del derecho al acceso a la justicia de estas personas, debido al poco conocimiento de la normativa nacional e internacional y de conceptos básicos sobre discapacidad, ambientes, zonas, áreas y servicios no pensados para facilitar la interacción con personas con discapacidad, escaso apoyo de personal calificado para la interacción efectiva y carencias en los sistemas de comunicación alternativa, entre otros aspectos.

Por ese motivo, el propósito de la presente ponencia es, precisamente, tratar de explicar, de una manera didáctica y sencilla, los aspectos neurálgicos de la Ley 1996 de 2019. Para el efecto, se dividirá el análisis en tres acápite dedicados, en su orden, a: (i) exponer los mecanismos formales para la adjudicación de apoyos; (ii) exaltar la importancia de los ajustes razonables y las salvaguardias; y (iii) proponer algunas conclusiones.

## **1. Los tres mecanismos formales para la adjudicación de apoyos**

Tres son, en Colombia, los mecanismos mediante los cuales se puede contar con apoyos: (i) los acuerdos de apoyo; (ii) las directivas anticipadas; y (iii) el proceso de adjudicación judicial de apoyos. En tratándose de acuerdos de apoyo y de directivas anticipadas, los apoyos se determinan

---

el mismo, lo que cambió fue el paradigma de reconocimiento de la capacidad jurídica” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC2070, 2020).

por la declaración de voluntad del adjudicatario de la asistencia. Por su parte, en lo que atañe al proceso de adjudicación de apoyos, es el juez quien efectúa la designación con arreglo a la valoración de apoyos que se decreta, practique e integre al expediente. Sobre este tema se volverá más adelante.

Por razones de orden y metodología, a continuación se estructurarán dos títulos abocados al estudio, por un lado, de los acuerdos de apoyo y las directivas anticipadas y, por el otro, del proceso judicial de adjudicación de apoyos.

### ***1.1. Acuerdos de apoyo y directivas anticipadas***

Este título aglutina dos mecanismos formales para la adjudicación de apoyos, debido a su intrincada relación y a las semejanzas entre los trámites que se deben observar para su perfeccionamiento<sup>10</sup>. Empero, es de la mayor importancia dejar sentado que, pese a la unión que aquí se efectúa, cada uno de los mecanismos es autónomo e independiente y no se confunden, ni se pueden confundir, entre sí.

Pues bien, los acuerdos de apoyos son un mecanismo de apoyo formal por medio del cual una persona, mayor de edad, formaliza la designación de la o las personas, naturales o jurídicas, que le asistirán en la toma de decisiones respecto a uno o más actos jurídicos determinados (Ley 1996, 2019, art. 15 y ss.). En contraste, las directivas anticipadas son el mecanismo por medio del cual una persona mayor de edad, puede establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos. Estas decisiones pueden versar sobre asuntos de salud, financieros o personales, entre

---

<sup>10</sup> De hecho, el propio artículo 22 de la Ley 1996, que gobierna el trámite para la formalización de apoyos mediante directivas anticipadas, remite, expresamente, al trámite previsto para los acuerdos de apoyos en los artículos 16 y 17 (Ley 1996, 2019, art. 22).

otros actos encaminados a tener efectos jurídicos (Ley 1996, 2019, arts. 21 y ss.) (Ortiz, 2021).

Vistas las diferencias entre ambos mecanismos, es preciso ahora aludir a sus semejanzas: el trámite y formalización de los apoyos. Los artículos 16, 17 y 22 de la Ley 1996 de 2019 señalan, expresamente, que tanto los acuerdos de apoyos como las directivas anticipadas se pueden formalizar mediante escritura pública ante notario o mediante acta de conciliación ante conciliadores extrajudiciales en derecho (Ley 1996, 2019, arts. 16, 17 y 22). A su turno, el Decreto 1429 de 2020 se encarga de reglamentar los pormenores sobre el trámite a seguir en cada caso. Enseguida se estudia su contenido:

Previo a comenzar con las disquisiciones de rigor, es menester aclarar que la formalización de los acuerdos de apoyo y de las directivas anticipadas, es una figura nueva dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Ello significa que su trámite es sustancialmente distinto al de la conciliación extrajudicial y, consiguientemente, no pueden ser equiparados. Con motivo de lo expuesto, delantamente se advierte que la audiencia de formalización de apoyos (a la que nos referiremos más adelante), reglada por la Ley 1996 y el Decreto 1429 de 2020, es diferente en su naturaleza de la audiencia de conciliación extrajudicial que gobierna el Estatuto de Conciliación, la Ley 2220 de 2022.

Ahora bien, para celebrar audiencias de formalización de acuerdos de apoyo o de directivas anticipadas en centros de conciliación, cabe observar lo siguiente: (i) el centro debe garantizar una lista de conciliadores extrajudiciales en derecho que permita acreditar la idoneidad en el área en que vayan actuar; (ii) en la audiencia, el conciliador no designa un apoyo, es la persona con discapacidad; (iii) la solicitud de la audiencia siempre deberá ser presentada ante un centro de conciliación; (iv) el contenido de las actas de formalización de acuerdos de apoyo es diferente al de las actas

de conciliación; (v) el director del centro tiene la obligación de registrar los acuerdos de apoyo y las directivas anticipadas en el SICAAC (3 días); y (vi) el Ministerio de Justicia ejercerá la función de Inspección, Control y Vigilancia de acuerdo a la ley (Decreto 1429, 2020).

Por su parte, para la formalización de acuerdos de apoyo o de directivas anticipadas en notaría, cabe observar lo siguiente: (i) los notarios actúan en cumplimiento de su función como notarios y prestan el servicio escriturario mediante instrumento público (Decreto 960,1970); (ii) no se requiere de listas de conciliadores extrajudiciales en derecho que permitan acreditar la idoneidad en el área en que vayan actuar; (iii) se trata de un trámite escritural y no de conciliación; (iv) toda la diligencia deberá ser atendida por el notario en forma directa, en cumplimiento de su competencia fedataria; (v) en esta diligencia, el notario no designa un apoyo, es la persona con discapacidad; (vi) el notario tiene la obligación de registrar los acuerdos de apoyo y las directivas anticipadas en el SICAAC (8 días); y (vii) el Ministerio de Justicia ejercerá la función de Inspección, Vigilancia y Control de acuerdo a la ley (Decreto 1429, 2020).

El trámite, según el tipo de instancia ante quien se acuda, tiene sus particularidades<sup>11</sup>; empero, *grosso modo* se trata de un procedimiento similar. Ello aconseja, en procura de la brevedad, que su análisis se efectúe conjuntamente.

El primer paso que se debe seguir, en ambas instancias, es la presentación de una solicitud por medio de los canales presenciales o remotos de que disponga el centro de conciliación o la notaría. Muy de resaltar es el hecho de que la normativa vigente autoriza que la solicitud se presente

---

<sup>11</sup> Como anexo a esta ponencia se adjuntan dos cuadros didácticos, de elaboración propia, en donde se aprecia gráficamente el trámite de la formalización de apoyos ante Centros de Conciliación y Notarías (Ver anexo A y B).

de manera escrita o verbal, directamente por la persona titular del acto jurídico o por quien fungiría como apoyo. Posteriormente, si se trata de un centro de conciliación, la solicitud debe ser repartida en debida forma entre los conciliadores extrajudiciales formados en la Ley 1996 de 2019, que integran la lista.

A continuación, el conductor del trámite (conciliador o notario) deberá citar al titular del acto jurídico, mediante los medios accesibles que garanticen los derechos de quien constituirá los apoyos en su propio beneficio, a audiencia privada (en tratándose de centros de conciliación) o entrevista previa (en tratándose de notarías).

La audiencia privada y la entrevista previa, según la instancia ante quien se haya acudido, son, quizás, la fase más importante de todo el procedimiento. En efecto, aquí es donde se materializa, efectivamente, el cambio de paradigma estatuido por la Ley 1996 de 2019: la incorporación del modelo social, la reivindicación de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y la exaltación de su plena capacidad de ejercicio. Y no podría ser distinto, pues, en esta etapa, el conductor del trámite está llamado a surtir una entrevista separada con el titular del acto jurídico con el propósito de identificar que: (i) es su voluntad suscribir el acuerdo de apoyos o la directiva anticipada; (ii) comprende, mediante signos inequívocos, el trámite de suscripción de acuerdo de apoyos o de directivas anticipadas; y (iii) decidió adelantar el trámite como libre expresión de su voluntad, despojado de toda presión (Ley 1996, 2019). Naturalmente, por la singular importancia que reviste esta fase, el ordenamiento jurídico autoriza al conductor del trámite para convocar a personas expertas en otras disciplinas (v.gr. mediación lingüística y comunicacional) que faciliten la interacción y el diálogo con la persona con discapacidad, en caso de que sea necesario.

Como se puede apreciar, es aquí donde cobra total vigencia el nuevo miramiento de las personas con discapacidad, habida cuenta de que ya no

se exige un dictamen clínico que dé cuenta de su estado de salud médico. ¡No!, nada más alejado de la realidad. Ahora, el derrotero fijado por el ordenamiento jurídico es la constatación directa, por parte del conciliador o notario, según sea el caso, con los ajustes razonables que correspondan, de la verdadera voluntad, libre y espontánea, del titular del acto jurídico.

Surtida la anterior etapa, las personas que se proponen como apoyo serán convocadas a la audiencia de suscripción del acuerdo de apoyos. Allí, el conciliador dejará expresa constancia de la realización de la audiencia privada, en la que precisará si la persona con discapacidad dio signos inequívocos de comprender el trámite de suscripción de acuerdo de apoyo, así como de la expresión libre de su voluntad de adelantar dicho trámite, exenta de violencia, error, engaño o manipulación y de la relación de confianza, parentesco, convivencia o familiaridad con la persona o personas que indica de apoyos. Del propio modo, el notario en la escritura pública dejará expresa constancia de circunstancias de lugar y fecha de realización de la entrevista previa y su resultado.

Así pues, queda perfectamente claro que los trámites de formalización de acuerdos de apoyo y de directivas anticipadas se sustentan únicamente en la expresión de la voluntad de la persona con discapacidad. En consecuencia, acreditada la mediación de tal voluntad, el conductor del trámite podrá proceder con la formalización de los acuerdos apoyos o de las directivas anticipadas, de la siguiente manera: (i) si el trámite se surtió ante centro de conciliación, se levantará el acta de formalización que será suscrita por el conciliador, el titular del acto jurídico y la(s) persona(s) designada(s) como apoyo; (ii) si el trámite se surtió ante notario, se otorgará la escritura pública de formalización que será suscrita por el notario, el titular del acto jurídico y la(s) persona(s) designada(s) como apoyo (Decreto 1429, 2020).

Una vez designados los apoyos, el término máximo de duración en el caso de los acuerdos de apoyos es de cinco años, mientras que, en tratán-

dose de directivas anticipadas, el ordenamiento jurídico no prevé término máximo de duración alguno. En cualquier evento, los apoyos finalizarán por: (i) consenso entre las partes; (ii) iniciativa del titular del acto jurídico; (iii) iniciativa de la persona de apoyo; o (iv) muerte del titular del acto jurídico (Ley 1996, 2019, art. 20).

Finalmente, es de la mayor importancia hacer notar que el artículo 19 de la Ley 1996 de 2019 establece que:

La persona titular del acto jurídico que cuente con un acuerdo de apoyo vigente para la celebración de determinados actos jurídicos, deberá utilizarlos, al momento de la celebración de dichos actos jurídicos, como requisito de validez de los mismos, en caso contrario, será causal de nulidad relativa, conforme a las reglas generales del régimen civil (Ley 1996, 2019, art. 19).

## ***1.2. Proceso de adjudicación judicial de apoyos***

La Ley 1996 de 2019 también autorizó acudir a instancias judiciales para efectos de la asignación de apoyos. Sin embargo, distinguió entre los procedimientos según la calidad de quien acuda a la jurisdicción. Así, cuando quien solicita la designación judicial de apoyos es el titular del acto jurídico, el trámite a seguir será el de jurisdicción voluntaria. En contraste, cuando quien solicita la designación judicial de apoyos es un tercero, el trámite será el de un proceso verbal sumario *especial*.

### ***1.2.1. Semejanzas en el trámite de los procesos de adjudicación judicial de apoyos, sin importar quién obre como demandante***

Pese a que los trámites de cada proceso difieren, según antes se explicó, encuentran importantes semejanzas. Por ejemplo, en ambos casos

se exige contar con un informe de valoración de apoyos (sobre este tema trata un título independiente, *infra*) y, si no se anexa con la demanda, el juez debe solicitar su práctica. Una vez notificados y vinculados el titular del acto jurídico y las personas identificadas como personas de apoyo en la demanda, se corre traslado del informe de valoración de apoyos por diez días al Ministerio Público. Después, se convocará a la audiencia de rigor. Por último, mediante sentencia que ponga fin al proceso, el juez indicará:

- a. El acto o actos jurídicos delimitados que requieren el apoyo solicitado.
- b. La individualización de la persona o personas designadas como apoyo.
- c. La delimitación de las funciones de las personas de apoyo.
- d. Los programas de acompañamiento y demás medidas necesarias para asegurar la autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.
- e. Las salvaguardias destinadas a evitar que no existan conflicto de interés o alguna influencia indebida de parte del apoyo sobre la persona con discapacidad (Código General del Proceso, 2012, art. 586) y la función de apoyo de las personas designadas para ello.

Ahora bien, puede ocurrir que la persona con discapacidad necesite apoyos, pero no tenga personas de confianza a quién designar. En tal caso, el juez de familia designará un defensor personal, de la Defensoría del Pueblo, que preste los apoyos requeridos para la realización de los actos jurídicos que designe el titular (Ley 1996, 2019, art. 14). La figura de defensor personal solo puede ser designado en sentencia.

A más de lo expuesto, la Ley 1996 de 2019 exige, expresa y específicamente, la participación del Ministerio Público en los procesos de ad-

judicación judicial de apoyos, con el fin “de velar por los derechos de las personas con discapacidad en el curso de los procesos” (Ley 1996, 2019, art. 40). Tal mandato es consistente con lo previsto por el ordinal 7º del artículo 277 de la Carta Política, a cuyas voces es función del Ministerio Público “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, patrimonio público o de los derechos y garantía fundamentales” (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 277).

Finalmente, el artículo 41 de la Ley 1996 de 2019 señala que:

... Al término de cada año desde la ejecutoria de la sentencia de adjudicación de apoyos, la persona o personas de apoyo deberán realizar un balance en el cual se exhibirá a la persona titular de los actos ejecutados y al Juez: 1. El tipo de apoyo que prestó en los actos jurídicos en los cuales tuvo injerencia. 2. Las razones que motivaron la forma en que prestó el apoyo, con especial énfasis en cómo estas representaban la voluntad y preferencias de la persona. 3. La persistencia de una relación de confianza entre la persona de apoyo y el titular del acto jurídico (Ley 1996, 2019, art. 41).

El balance de que aquí se trata es esencial, puesto que comporta una verdadera evaluación de desempeño de quienes han sido designados como apoyos cuyas resultas pueden conducir a su relevo o, incluso, a la declaratoria de responsabilidad civil o penal, según sea el caso. Memórese, al respecto, que el artículo 50 de la Ley 1996 de 2019 es muy claro al establecer la responsabilidad de quienes han sido designados como apoyos por los daños irrogados al titular del acto jurídico o a terceros, cuando su actuar contravenga los mandatos legales, las normas civiles y comerciales vigentes o las indicaciones convenidas en la sentencia de apoyos (Ley 1996, 2019, art. 50).

### ***1.2.2. Apuntaciones particulares sobre el proceso adjudicación judicial de apoyos promovido por persona distinta del titular del acto jurídico***

Cuando es un tercero quien solicita la adjudicación judicial de apoyos, distinto del titular del acto jurídico, la normativa exige que la persona titular del acto jurídico esté en absoluta imposibilidad para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo o formato de comunicación posible. Además, se requiere que la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conduzca a una vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero. Ello se traduce, por fuerza de la razón, en que hoy no se puede obligar a una persona con discapacidad, capaz de manifestar su voluntad y preferencias, a ser adjudicataria de apoyos en contra de su querer. En este aspecto se separa tajantemente el nuevo régimen de lo que ocurría en el pasado con la interdicción.

Importa agregar a todo lo expuesto, que el proceso judicial iniciado por persona distinta al titular del acto jurídico tiene unas características especiales. En primer lugar, es un proceso verbal sumario especial, puesto que la sentencia es apelable<sup>12</sup>. En segundo lugar, no tiene una estructura adversarial, de donde se deduce que no se puede tener al titular del acto jurídico como parte demandada y, menos aún, correrle traslado para que conteste demanda (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima

---

<sup>12</sup> Sobre este aspecto, el artículo 35 de la Ley 1996 de 2019 confiere la competencia a los jueces de familia “en primera instancia” (Ley 1996, 2019, art. 35), lo que sugiere la existencia de una segunda instancia. Esta discusión ya fue zanjada por la Corte Constitucional, mediante sentencia T-352 de 2022. En la providencia, la Corporación sostuvo que “se trata de un proceso especial que no responde a las características propias de los verbales sumarios de carácter general, pues no debe ser de naturaleza controversial, ya que se interpone con el fin de proteger a una persona y garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica (en beneficio), puede tener segunda instancia y debe atender a unos criterios específicos (art. 34)” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-352, 2022).

de Revisión, T-352, 2022). Y, en tercer lugar, es necesario demostrar las circunstancias que justifican la presentación de la demanda.

Al conocer sobre los primeros procesos de esta estirpe, algunos jueces designaron curadores *ad litem*, con el propósito de que representaran los intereses de las personas con discapacidad. Empero, tal práctica resulta incompatible con la filosofía misma de la ley. En efecto, el artículo 55 del Código General del Proceso establece que resulta procedente la designación de un curador *ad litem* en alguno de los siguientes casos, ninguno de los cuales tiene lugar en este tipo de causas: (i) que se trate de una persona incapaz; o (ii) que se trate de una persona indeterminada (Código General del Proceso, 2012, art. 55). Esta visión del asunto fue nítidamente prohibida por la Corte Constitucional en sentencia T-352 de 2022<sup>13</sup>.

### ***1.2.3. El informe de valoración de apoyos***

Este particular informe merece título independiente, pese a que se requiere tanto para el proceso promovido por el titular del acto jurídico como por tercera persona, habida cuenta de la singular relevancia que reviste. Su regulación, hoy, se encuentra en el Decreto 487 de 2022.

El informe de valoración de apoyos es un proceso técnico que tiene por objetivo determinar cuáles son los apoyos formales que requiere

---

<sup>13</sup> Dijo la Corporación: “Esta representación judicial no fue efectiva a la luz de la protección especial que merecen las personas en condiciones de discapacidad. En primer lugar, porque la figura del curador ad-litem procede ante el demandado ausente o para representar a los incapaces y precisamente, el artículo 57 de la Ley 1996 de 2019 sacó de las personas consideradas incapaces a las personas con discapacidad, a los sordomudos que no pueden darse a entender y a las personas declaradas interdictas. En segundo lugar, la representación de una persona con discapacidad por medio de un curador ad-litem genera una sustitución de su voluntad, es decir, los mismos efectos que tenía declararla interdicta, pues se omite su participación en el proceso, la necesidad de indagar sobre sus perspectivas de vida, su voluntad y sus preferencias” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-352, 2022).

una persona con discapacidad para tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de la capacidad legal. Expresado en otros términos, se trata de un proceso técnico que tiene por objeto determinar, con la persona con discapacidad, cuáles son los apoyos formales que requiere para facilitar la toma de decisiones relacionadas con el ejercicio de su capacidad jurídica. Es un proceso de interlocución, cercanía y de conocimiento de la persona con discapacidad, tendiente a conocer su proyecto de vida, sus necesidades, decisiones que quiera tomar, qué apoyos necesita, etc.

Este informe es de la esencia de todo proceso judicial, con el cual se debe contar para el momento de proferir sentencia. Sin embargo, ello no significa que, cuando no se aporte con la demanda, nos encontremos ante una causal de inadmisión. Si ello ocurriera, el juez deberá decretar su práctica e incorporación al expediente, pero no inadmitir o rechazar la demanda.

Aunado a lo expuesto, se debe advertir que la naturaleza probatoria del informe no es la de un dictamen pericial. Por lo mismo, no son de recibo las exigencias previstas por los artículos 226 y siguientes del Código General del Proceso para ese tipo de pruebas, dentro de las que cabe destacar la citación del perito a la audiencia, la refutación mediante la práctica y aportación de un dictamen de contradicción o las extensas manifestaciones y atestaciones que deben acompañar al experticio (Código General del Proceso, 2012, art. 226).

En este caso, nos encontramos ante una prueba documental que debe ser valorada al interior del expediente con la misma intensidad que las demás. Por lo mismo, si se quisiera controvertir por alguno de los intervinientes en el proceso, lo procedente sería aportar otro informe de valoración de apoyos, mas no un dictamen de contradicción.

Con todo, la valoración de apoyos, que puede ser efectuada por entes públicos o privados siempre y cuando sigan los lineamientos y el protocolo establecidos para este fin por el ente rector de la Política Nacional de

Discapacidad, deberá acreditar el nivel y grados de apoyos que la persona requiere para tomar decisiones determinadas y en un ámbito específico, al igual que las personas que conforman su red de apoyo y quienes podrán asistir en aquellas decisiones.

***1.2.4. “La representación de las personas mayores con discapacidad pasa de ser la generalidad a la excepción” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC16392, 2019)***

El artículo 48 de la Ley 1996 de 2019 contempla la representación legal en los procesos de adjudicación judicial de apoyos. Previo a analizar su contenido, es preciso indicar que los acuerdos de apoyos y las directivas anticipadas no son más que un acto jurídico que emana de la persona que desea constituir apoyos en su propio beneficio (Ortiz, 2021; Vargas, 2024).

Por lo tanto, al ser una “manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos” (Ospina, 1998, p. 4)<sup>14</sup>, la representación que se otorga en virtud de un acuerdo de apoyos o una directiva anticipada no entraña más que un contrato mandato, con los alcances definidos por el artículo 1505 de nuestro Código Civil<sup>15</sup>. Por eso, la norma específicamente alude al proceso de adjudicación judicial de apoyos, a cuyo contenido nos abocamos ahora:

Lo que sucede con el proceso de adjudicación judicial de apoyos es diametralmente distinto. Es por ello que el presente título se incluye dentro de los comentarios a la causa jurisdiccional, pese a que la norma-

---

<sup>14</sup> Son estas las palabras con las que Ospina (1998) define el acto jurídico, que es exactamente lo que sucede cuando un mayor de edad suscribe un acuerdo de apoyos o una directiva anticipada.

<sup>15</sup> Dice la ley: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo” (Código Civil, 1887, art. 1505).

tiva vigente contemple su aplicabilidad para los otros dos mecanismos de formalización de apoyos.

Y es que, en el hoy derogado sistema de la interdicción, todo aquel que fuere declarado interdicto perdía su capacidad de ejercicio y quedaba sometido a ser representado legalmente por su guardador. Por oposición, la nueva filosofía garantista y reivindicadora de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, procura reservar esa representación para los casos más extremos, con miras a que todo individuo ejerza su propia capacidad legal por sí mismo, sin sometimiento a la voluntad de terceros.

Sobre esas bases, el artículo 48 de la Ley 1996 de 2019 lapidariamente sentencia que, cuando no haya mandato expreso, quien desee actuar en representación de otro deberá solicitarlo al juez, previa acreditación de dos requisitos: (i) que el titular del acto se encuentre absolutamente imposibilitado para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible; y (ii) que la persona de apoyo demuestre que el acto jurídico a celebrar refleja la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto (Ley 1996, 2019, art. 48). Es así como el nuevo sistema garantiza, a no dudarlo, los derechos de las personas con discapacidad en nuestro medio.

## **2. Importancia de las salvaguardias y los ajustes razonables**

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1996 de 2019:

Las salvaguardias son todas aquellas medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos (Ley 1996, 2019, art. 5).

Por su parte, los ajustes razonables son:

Aquellas modificaciones y adaptaciones que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (Ley 1996, 2019, art. 3).

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. Precisamente de eso se trata el nuevo modelo social que incorporó la Ley 1996 al ordenamiento jurídico colombiano: entender las diferencias, comprender que las personas con discapacidad son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones y pueden participar activamente en la sociedad, en lugar de merecer ser excluidos de ella.

Por tal motivo, en la medida en que se comprendan las diferencias de cada persona con discapacidad y se implementen las medidas necesarias que le permitan participar en el acto jurídico con autonomía y libertad, se cumplirá con la verdadera consigna del Estado Social y Democrático de Derecho del cual participamos. Es nuestro deber como sociedad garantizar las medidas de ajuste, como accesibilidad, participación, lenguaje sencillo, interpretes, etc.

## **Conclusiones**

Podría extenderme en mis consideraciones, pero debo concluir en procura del espacio que se me ha concedido. Resalto con orgullo el carácter humano e internacional de nuestra normativa. La alianza con diferentes actores de la sociedad, la familia, la academia y el Estado, nos

permite tener una visión globalizada del tema en relación con la discapacidad, el reconocimiento y los avances en políticas públicas. Se ha dejado atrás la figura del curador que sustituía, en todo, la voluntad del entonces interdicto, para concebir a la persona con discapacidad como un ser pleno de derechos y a sus apoyos como eso: simples apoyos y no sustitutos de su voluntad, en caso de ser necesarios.

La aplicación de la Ley 1996 de 26 de agosto de 2019, al cumplir sus cinco primeros años de plena vigencia, se revisará y se complementará con experiencias propias en otras legislaciones como la argentina, como primer país en dar cumplimiento a la Convención, la peruana y la española. El cumplimiento del Compromiso de Estado Colombiano como firmante de la Convención nos enorgullece y nos coloca de ejemplo a nivel mundial al promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, resaltando el respeto a la dignidad humana.

Finalmente, concluyo con un llamado a todos los presentes para que, como sociedad, encaucemos nuestros esfuerzos a implementar el cambio de paradigma en nuestras mentes y nuestros corazones, y socializar, con todos los actores y estamentos de nuestro país, la correcta aplicación del nuevo sistema. Todo ello, en procura de la efectiva construcción de país mediante la garantía de los derechos de un grupo de ciudadanos de especial protección constitucional que merece nada menos que nuestro respeto como Estado y como Nación.

## **REFERENCIAS**

- Código Civil. (1887). [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Código General del Proceso. (2012). [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Congreso de la República de Colombia. (26 de agosto de 2019). Régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. [Ley 1996 de 2019]. DO: 51.057
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (7 de octubre de 2022). Sentencia T-352 [M.P.: Pardo, C.]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (27 de febrero de 2020). Sentencia STC2070 [M.P.: Quiroz, A.]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (31 de enero de 2020). Auto AC253 [M.P.: Quiroz, A.]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (4 de diciembre de 2019). Sentencia STC16392 [M.P.: Quiroz, A.]
- Organización de las Naciones Unidas. (2006). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Ortiz, A. (2021). *Capacidad plena de los mayores de edad en situación de discapacidad mental y guardas de menores emancipados*. Temis.
- Ospina, G. (1998). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* (5ª ed.). Temis.

Presidencia de la República de Colombia. (20 de junio de 1970). Estatuto del Notariado [Decreto 960 de 1970]. DO: 33.118

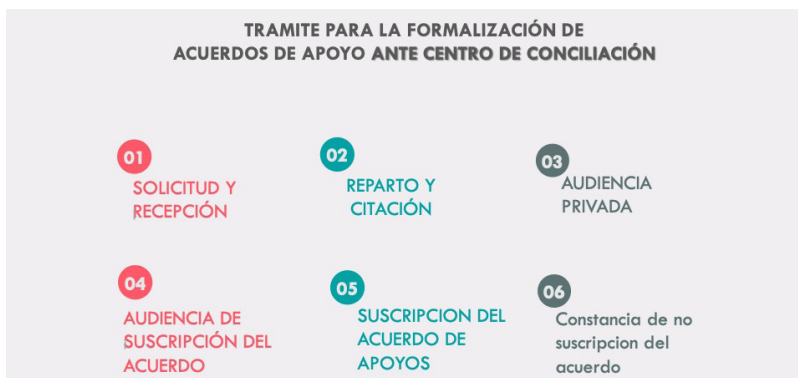
Presidencia de la República de Colombia. (5 de noviembre de 2020). Por el cual se reglamentan los artículos 16, 17 y 22 de la Ley 1996 de 2019 y se adiciona el Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho [Decreto 1429 de 2020]. DO: 51.489

Vargas, M. (2024). *Derecho de familia y lecciones sobre tributación*. Tomo II. Tirant lo Blanch.

## ANEXOS

### Anexo 1

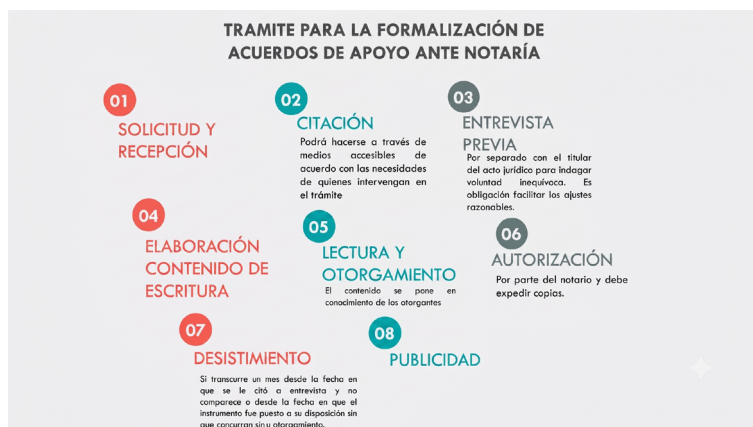
Trámite para la formalización de acuerdos de apoyo ante centro de conciliación



*Fuente:* Autoría propia.

### Anexo 2

Trámite para la formalización de acuerdos de apoyo ante notaría



*Fuente:* Autoría propia.

## **Impugnación de paternidad y pluriparentalidad: un camino jurídico desde el derecho comparado**

---

**Manuel Gustavo Díaz Sarasty**

### **Resumen**

La jurisprudencia nacional ha dirimido conflictos que encarnan la pugna entre un progenitor biológico y uno socioafectivo, cuando concurren en acciones de reclamación y/o impugnación de la filiación, inclinando tradicionalmente la balanza en favor de alguno de ellos, desdeñando los intereses del otro sujeto en la relación paternofilial. No obstante, aún no figuran precedentes jurisprudenciales que permitan el reconocimiento de la pluriparentalidad. Situación divergente a la de otros ordenamientos jurídicos como el de Brasil, Argentina y Cuba.

Por lo tanto, en el presente escrito se contrastarán algunos pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, frente a determinados pronunciamientos judiciales foráneos, a fin de configurar una propuesta de análisis judicial que permita declarar la coexistencia de los dos vínculos filiatorios, tanto el genético como el afectivo, en casos de conflictos jurídicos de impugnación o de reclamación del estado civil, cuando las circunstancias así lo aconsejen para privilegiar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

**Palabras clave:** pluriparentalidad; filiación; impugnación de paternidad; interés superior NNA.

### **Abstract**

National jurisprudence has resolved disputes embodying the conflict between a biological parent and a socio-affective parent, particularly when

they are involved in actions to claim and/or contest filiation, traditionally favoring one party over the other and neglecting the interests of the other individual within the parent-child relationship. However, there are still no jurisprudential precedents that recognize multiparenthood—a situation that contrasts with other legal systems such as those of Brazil, Argentina, and Cuba.

Therefore, this document seeks to contrast certain rulings from the Civil Cassation Chamber of Colombia's Supreme Court of Justice with selected foreign judicial decisions, with the aim of developing a judicial analytical framework that allows for the coexistence of both filiation ties—genetic and affective—in cases of legal disputes over contestation or claims regarding civil status, whenever circumstances warrant such measures to uphold the best interests of children and adolescents.

**Keywords:** multiparenthood; filiation; contestation of parentage; best interests of children and adolescents.

## **Introducción**

La jurisprudencia nacional ha dirimido conflictos que encarnan la pugna entre un progenitor biológico y uno socioafectivo, cuando concurren en acciones de reclamación y/o impugnación de la filiación, inclinando tradicionalmente la balanza en favor de alguno de ellos, desdeñando los intereses del otro sujeto en la relación paternofilial. Sin embargo, no existen precedentes jurisprudenciales en el derecho patrio que permitan el reconocimiento convergente de los dos tipos de parentalidades en la definición del estado civil, en un mismo caso, sin necesidad de sacrificar alguno de aquellos vínculos en la vida de los hijos cuando resulten o puedan resultar significativos y relevantes en su desarrollo integral.

Al respecto, en Brasil y Argentina se conocen casos de triple filiación, denominada también pluriparentalidad, filiación múltiple o plurisubjetiva

(Lafont Pianetta, 2013)<sup>16</sup>, en los que se ha permitido el ejercicio responsable de la paternidad consanguínea en concurrencia con la paternidad afectiva, superando así los dogmas biológicos que suelen imperar en el campo jurídico global. La pluriparentalidad constituye una realidad social emergente en el sistema de filiación occidental, desafiando los límites de la dimensión biológica genética (Le Gall, 2008).

Por consiguiente, en este escrito se contrastarán algunos pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, frente a determinados pronunciamientos judiciales foráneos, a fin de configurar una propuesta de análisis judicial que permita declarar la coexistencia de los dos vínculos filiatorios, tanto el genético como el afectivo, en casos de conflictos jurídicos de impugnación o de reclamación del estado civil, cuando las circunstancias así lo aconsejen para privilegiar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

## **1. La filiación jurídica más allá de los vínculos hematológicos**

En Colombia, la Ley 721 de 2001 modificó el atávico régimen probatorio de la filiación, incorporando la práctica de la prueba con marcadores genéticos de ADN con un índice de probabilidad del 99,9%<sup>17</sup> en los procesos judiciales de reclamación e impugnación del estado civil (Ley 721, 2001, art. 1), otorgando prevalencia a esta prueba genética,

---

<sup>16</sup> La estructura de la filiación imperante, según el profesor colombiano Lafont Pianetta (2013), puede considerarse como subjetiva bilateral, en tanto cada hijo puede tener hasta dos progenitores. Sin embargo, en el mundo se abre paso la filiación eventualmente plurisubjetiva, que implica la posibilidad de tenencia de varios padres y madres, con las correspondientes calidades filiales.

<sup>17</sup> “Artículo 1. Modifica el Artículo 7 de la Ley 75 de 1968. El artículo 7 de la Ley 75 de 1968, quedará así: Artículo 7. En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%. (...)” (Ley 721, 2001, art. 1).

sin perjuicio de acudir a otros medios de prueba cuando su práctica se torna imposible (Ley 721, 2001, art. 3<sup>18</sup>). De esta manera, se consolidó en el campo jurídico la identificación genética con alto grado de certeza científica (Parra, 2023).

Por su parte, el Código General del Proceso (CGP) ratificó la importancia de la prueba científica en los procesos de investigación e impugnación de la filiación, consagrando la necesidad de su decreto y práctica, incluso, facultando al juez para dictar sentencia de plano cuando el resultado de la prueba resulte favorable al demandante, sin que el extremo pasivo haya solicitado oportunamente la práctica de un nuevo dictamen (CGP, 2012, art. 386<sup>19</sup>). Por lo tanto, a modo de premisa, el descubrimiento de la verdadera filiación implicaría constatar una relación jurídico-biológica, determinada por la existencia de un vínculo genético de los descendientes con sus respectivos progenitores (Aguirre, 2021). Por ello, de antaño se sostiene que en el ordenamiento jurídico colombiano existe el derecho innominado a reclamar la verdadera filiación, conforme a la verdad biológica (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-105, 1995).

Cuando un progenitor biológico acude ante la justicia pidiendo ser declarado como tal, en un proceso de impugnación de la filiación, y la prueba científica constata la veracidad de su reclamación, hay mérito para desplazar a quien figura como progenitor en el registro civil de nacimiento

---

<sup>18</sup> “Artículo 3. Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente” (Ley 721, 2001, art. 3).

<sup>19</sup> “Artículo 386. Investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad. En todos los procesos de investigación e impugnación se aplicarán las siguientes reglas especiales... 4. Se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda en los siguientes casos... b) Si practicada la prueba genética su resultado es favorable al demandante y la parte demandada no solicita la práctica de un nuevo dictamen oportunamente y en la forma prevista en este artículo...” (CGP, 2012, art. 386).

del hijo, declarando, en su lugar, que el padre genético es el verdadero ascendiente, sin que tenga mayor relevancia el componente volitivo ni el afectivo de la paternidad de crianza. Esta ha sido la forma usual de resolver las controversias filiatorias. En palabras de Aguirre (2021): “Bajo los criterios actuales de “verdad biológica binaria”, el vínculo socioafectivo es invisibilizado, desconocido y vulnerado por nuestro sistema jurídico que, siendo incapaz de plantearse lógicas diferentes, impone la fórmula matemática sobre el criterio humano del afecto” (p. 134).

No obstante, en el panorama jurídico actual, la filiación trasciende los límites de la identidad genética, reconociendo que los lazos afectivos pueden constituir también un estado civil digno de protección constitucional. Es así como ha surgido el concepto de paternidad socioafectiva, que, lejos de tener un componente ornamental, constituye un hecho generador de derechos y obligaciones entre padres e hijos (Varsi-Rospigliosi y Chaves, 2010).

Pese a ello, cuando las pretensiones de un padre biológico interesado en que se declare su paternidad, en un proceso de impugnación o de investigación de la filiación, resultan opuestas a los intereses de un padre socioafectivo que pretende conservar los vínculos filiales surgidos a partir de la convivencia, la justicia debe resolver ese conflicto y, en efecto, lo ha hecho privilegiando en Colombia la paternidad exclusiva de alguno de los dos progenitores, entendiéndolos irreconciliables y opuestos.

A diferencia de este panorama jurídico tradicional, que excluye de forma antagónica la paternidad socioafectiva o la biológica en un mismo caso, se expondrán a continuación, y a modo de ejemplo, dos escenarios filiatorios del derecho comparado, que han permitido el reconocimiento paralelo de las dos formas de parentalidad en casos concretos de impugnación de la filiación.

## **2. La revolución de la pluriparentalidad y el derecho a la felicidad en Brasil**

Mediante sentencia proferida por el Supremo Tribunal Federal de Brasil el 21 de septiembre de 2016, por cuenta del recurso extraordinario 898.060/SC, se abordó un debate acerca de la constitucionalidad de las familias pluriparentales, en aras de resolver el conflicto entre las dos formas de filiación en un caso concreto: la paternidad biológica avalada por prueba genética, y la paternidad socioafectiva que surgió en virtud de la crianza y el afecto.

El Alto Tribunal fundamentó su decisión en el derecho humano a la búsqueda de la felicidad y en el principio de dignidad humana, con el ánimo de proteger la autodeterminación de las personas para elegir sus propios proyectos de vida, lo que incluye la configuración de las familias, entendiendo que aquellas están destinadas a ser instrumentos para alcanzar la felicidad. A juicio de la corporación, el Estado no puede imponer modelos familiares preconcebidos y estereotipados. Utilizando una contundente metáfora, se sostuvo “É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente<sup>20</sup>” (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 898.060/SC, 2016).

En este caso, la acción de impugnación de paternidad fue presentada por la hija adolescente y, por ello, en las decisiones de instancia reconocieron únicamente el vínculo biológico que la unía con el demandado, desdeñando a su padre de crianza. Sin embargo, no era el interés de la accionante desplazar a su progenitor socioafectivo, como expresamente lo

---

<sup>20</sup> Traducción propia: “Es el derecho quien debe inclinarse ante los deseos y necesidades de las personas, no al revés, como un sastre, ante una prenda de talla inadecuada, hace ajustes a la ropa, y no al cliente” (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 898.060/SC, 2016).

sostuvo en las audiencias de trámite. Con base en dicha manifestación, se garantizaron en esta sentencia los derechos de la hija a conocer su origen biológico y a mantener también su vínculo afectivo, a través del reconocimiento de la pluriparentalidad, admitiendo, de forma acumulativa y concomitante, la paternidad genética y la socioafectiva, sin necesidad de jerarquizar entre estas dos formas de filiación. Resulta inútil, en criterio del Tribunal, decidir entre la filiación afectiva y la biológica, cuando el interés superior de la descendiente apunta al reconocimiento legal de ambos lazos (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 898.060/SC, 2016).

Concluyendo con una tesis histórica, el Tribunal consagró esta premisa: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais<sup>21</sup>” (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 898.060/SC, 2016).

Por supuesto que este fallo ha sentado precedente para fundamentar otras decisiones que reconocen judicialmente la pluriparentalidad en Brasil, incluso en escenarios en los que confluye la reproducción asistida o en caso de uniones poliamorosas, en conjunto con la paternidad socioafectiva (Jaramillo, 2022).

### **3. El reconocimiento de la triple filiación como un nuevo paradigma familiar en Argentina**

En un fallo emblemático que data del 10 de agosto de 2021, el Juzgado de Familia de San Ramón de la Nueva Orán resolvió un conflicto entre

---

<sup>21</sup> Traducción propia: “La paternidad socioafectiva, declarada o no en registro público, no impide el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basado en el origen biológico, con todas sus consecuencias jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales” (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 898.060/SC, 2016).

la paternidad biológica y la socioafectiva en Argentina, reconociendo la triple filiación. Meses después de dar a luz, la madre contactó a su expareja con la creencia de que su hijo podría ser de él. Una prueba de ADN confirmaría la sospecha y, al poco tiempo de la revelación, la progenitora falleció. La confrontación judicial inició por cuenta de la impugnación de la paternidad alegada por el padre biológico del niño, respecto a su hijo que se encontraba bajo el cuidado del padre registral, último que ignoraba la situación hasta que fue vinculado al proceso (Juzgado de Familia No. 2 de San Ramón de la Nueva Orán, Exp. No. 16725/20, 2021).

Lejos de arribar a una decisión dramática, en el inusual fallo, la jueza Ana María Carriquiry autorizó que ambos hombres, tanto el padre genético como el socioafectivo, tengan la paternidad del niño, quien figuraría como hijo de una madre y dos padres (Juzgado de Familia No. 2 de San Ramón de la Nueva Orán, Exp. No. 16725/20, 2021). En el mismo fallo, se pronunció respecto a la custodia, visitas y alimentos, a cargo de los progenitores sobrevivientes del infante.

En esta sentencia, se resalta el carácter plural de las familias, declarando inaplicable por inconstitucionalidad el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que restringe a dos los vínculos filiales, “cualquiera sea la naturaleza de la filiación” (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, como se citó en Juzgado de Familia No. 2 de San Ramón de la Nueva Orán, Exp. No. 16725/20, 2021). En su lugar, estimó que el juez no es un mero lector de la ley y que no debe temer a nuevos derechos, lo que implica en este caso reconocer la diversidad familiar, priorizando el interés superior del niño, a la luz de la socioafectividad.

Finalmente, en un gesto inusual y conmovedor, la jueza incluyó una carta dirigida al niño, explicándole su decisión en lenguaje accesible: “Lo único que hice fue reconocer el derecho que tenés a tener dos papás que te críen, te cuiden. Porque, en definitiva, lo único que interesa es multiplicar

amor” (Juzgado de Familia No. 2 de San Ramón de la Nueva Orán, Exp. No. 16725/20, 2021). Citando la obra de Harry Potter, recordó el amor de su madre fallecida: “Un amor tan poderoso como el que tu madre tuvo por ti (...) brinda una protección que dura para siempre” (Rowling, como se citó en (Juzgado de Familia No. 2 de San Ramón de la Nueva Orán, Exp. No. 16725/20, 2021).

No es este el primer caso de reconocimiento de la triple inscripción filial en Argentina. Sin embargo, los primeros antecedentes obedecieron a causas originarias, es decir, ocurrieron en supuestos de tres personas que habían decidido asumir en conjunto la parentalidad respecto a un mismo hijo, acudiendo a técnicas de reproducción asistida, o en virtud de proyectos de vida común (Mariani, 2022).

En Colombia, la jurisprudencia de las altas Cortes no ha reconocido aún la coexistencia de la paternidad biológica y la socioafectiva en la definición del estado civil, en un caso concreto. En el panorama nacional, todavía se plantea el dilema jurídico paternofilial, inclinando la decisión únicamente en favor de la paternidad biológica o de la socioafectiva, como se reseñará en los títulos siguientes.

## **4. La pugna por la paternidad en Colombia: oscilando entre la biología y la afectividad**

### ***4.1. La prevalencia de la paternidad socioafectiva en la jurisprudencia nacional***

En la sentencia STC1976-2019 del 21 de febrero de 2019, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia decidió la impugnación de un fallo de tutela, por cuenta de la acción promovida por una adolescente que solicitó el amparo de sus derechos fundamentales, que estimó conculcados por cuenta de la decisión judicial que ordenó la

práctica de una prueba de marcadores genéticos de ADN con miras a establecer su filiación biológica en un proceso de impugnación de la paternidad, desatendiendo que no era deseo de la actora conocer si el demandante era o no su progenitor consanguíneo. La adolescente sostuvo que, desde su nacimiento, ella tenía plenamente establecida su familia, conformada por su madre, su hermana menor, y la pareja de su madre, a quien había considerado su padre durante sus 15 años de vida, por ser quien la reconoció formalmente como tal en su registro civil de nacimiento, y en virtud de la continua convivencia familiar sostenida hasta esa fecha (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

El juzgado accionado fue insistente al punto de la obstinación en la realización de la prueba genética, a pesar de las múltiples solicitudes de omitir la verificación sanguínea del vínculo filial alegado en la demanda, desestimando la afectación psicológica y el sufrimiento que la pretensión del supuesto progenitor biológico le estaba causando a la accionante menor de edad, ante la posibilidad de ser separada de su núcleo familiar.

En el comentado fallo, sostuvo la Corte Suprema de Justicia:

Si la accionante se encuentra integrada a una familia, en la cual encuentra el apoyo necesario para desarrollar a plenitud sus prerrogativas superiores, aun si ésta no se halla compuesta por los dos progenitores biológicos, sino por uno de ellos y su padre afectivo, es la solidificación de los vínculos emocionales allí compartidos, la que genera la consolidación del estado civil que le figura en su registro de nacimiento, y de allí deriva su derecho de no aceptar la paternidad del demandante y de permanecer en el seno de su grupo familiar, el cual debe recibir la protección del Estado como institución base de la sociedad, a fin de que pueda asumir plenamente sus responsabilidades, siendo improcedente cualquier injerencia que la perturbe (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

En la aludida sentencia, la Corte decidió proteger la prevalencia de la paternidad socioafectiva, entendiendo que aquella había generado un estado civil consolidado, indicando que no podía forzarse a la adolescente a establecer con certeza la existencia de una relación biológica con quien afirmaba ser su progenitor. En tal sentido, ordenó que se archive inmediatamente el proceso de impugnación de la paternidad, en consideración a que la accionante ya tenía un núcleo familiar que solventaba sus necesidades espirituales, intelectuales y materiales, por el hecho de haber construido una estrecha relación afectiva con el hombre que la reconoció como hija y siempre le había dado el trato de tal, vínculo filial que debía ser constitucionalmente protegido (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

Cabe señalar que la decisión del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria no fue unánime, registrando dos salvamentos y tres aclaraciones de voto. Los magistrados disidentes argumentaron que el obrar del juez de la causa se ajustó a derecho y no conculcó los derechos fundamentales de la accionante al procurar la práctica de la prueba de ADN, que resultaba obligatoria al tenor de la norma procesal, por lo que debía buscarse la verdad material, evitando que la filiación descansa al arbitrio de la parte renuente; agregando que no existía causa legal que ampare el archivo inmediato de las actuaciones que se habían surtido en el proceso judicial de origen. En las aclaraciones de voto, se aprecia el temor de que el caso examinado propicie un axioma que impida descubrir la verdadera filiación tan solo por la oposición del menor de edad en la práctica de la prueba de ADN cuando alegue la necesidad de mantener incólumes sus vínculos de crianza (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

Años más tarde, en sentencia SC1171-2022 del 8 de abril de 2022, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia estudió un caso promovido por dos hermanas que pretendían impugnar la paternidad de un hombre reconocido como hijo por su padre fallecido, alegando que no

existía vínculo biológico entre ellos, puesto que su progenitor no había sostenido una relación sentimental con la madre del demandado al tiempo de la concepción. Por su parte, el demandado defendió su filiación argumentando que, aunque no era descendiente biológico, su padre lo había criado, educado y presentado como su hijo ante la sociedad durante más de dos décadas. Testigos (familiares, amigos y empleados) confirmaron que el causante lo trató como a un hijo, cubrió sus necesidades económicas y lo integró plenamente a su vida familiar, incluso sabiendo que no compartían un vínculo de sangre. En primera y segunda instancia prevaleció la verdad biológica y, por lo tanto, se declaró que el demandado no era hijo de quien lo reconoció como tal. Sin embargo, la Corte revocó esa decisión, validando el vínculo filial por la posesión notoria del estado de hijo, reconociendo la paternidad socioafectiva como fuente válida de filiación, por encima de la realidad genética (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1171, 2022).

En esta ocasión, sostuvo el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria Civil:

De allí que en tiempos más próximos el campo de aplicación de la familia de hecho se ensanchara, para reconocer que podía emanar de lazos parentales o colaterales producidos por la crianza, esto es, de la acogida de una persona en un núcleo familiar que, por fuerza de la convivencia, permite la formación de relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, dando, incluso, origen a una nueva fuente del vínculo filial no derivada del nexo biológico, pero no extraña al ordenamiento jurídico, como en antaño se admitió en materia de adopción. En consecuencia, en una sociedad multicultural y pluriétnica la filiación es una institución cultural, social y jurídica, no sometida irremediablemente a los fríos y pétreos mandatos de la ciencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1171, 2022).

Justamente la evolución constante del concepto de familia conlleva al reconocimiento de los lazos de crianza con carácter prevalente sobre la realidad genética, cuando hayan surgido vínculos afectivos que sean merecedores de protección constitucional, como ha quedado visto.

En un pronunciamiento más reciente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, resolvió la impugnación de un fallo de tutela en contra de una providencia judicial ejecutoriada hace más de 7 años, que declaró próspera la acción de impugnación de paternidad, declarando que el accionante no era hijo biológico de quien en vida se comportó como su padre, a pesar de haberlo reconocido como tal en su registro civil de nacimiento. Se trata de la sentencia STC2156-2025 del 26 de febrero de 2025, con ponencia del Magistrado Francisco Ternera Barrios. Si bien la Corte no concedió el amparo, ante el incumplimiento del presupuesto de inmediatez, le indicó indirectamente al accionante una ruta jurídica tendiente a la materialización de sus aspiraciones, sugiriendo que el quejoso puede iniciar la acción declarativa de la filiación de crianza, demostrando la posesión notoria del estado civil (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, STC2156, 2025).

En los reseñados fallos nacionales, la paternidad socioafectiva encuentra validez y prioridad en la determinación de las decisiones judiciales. No obstante, conviene analizar si nuestro país se acerca o no a la implementación de la pluriparentalidad por vía jurisprudencial.

#### ***4.2. La pluriparentalidad en la encrucijada: la revolución pendiente en el derecho filiatorio colombiano***

En sentencia SC1947-2022 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 30 de junio de 2022, se resolvió un complejo caso de filiación que enfrentó dos modalidades de parentalidad: la genética y la socioafectiva. Con ponencia de la magistrada Hilda Gonzá-

lez Neira, la Corte dejó claro que el interés superior del niño debe guiar toda decisión judicial, inclinándose en esta oportunidad por privilegiar los resultados de la prueba científica de ADN, desplazando al padre que había criado al hijo desde su nacimiento (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1947, 2022).

Durante 7 años, el hijo creció bajo el cuidado, protección y reconocimiento social de quien asumió el rol paterno en su vida cotidiana, velando por su bienestar y educación, mientras que el vínculo biológico correspondía a otro hombre, quien, después de constatar su paternidad mediante una prueba de ADN extrajudicial, decidió por su parte aportar alimentos y compartir visitas con el niño a escondidas del padre registral, llegando incluso a disfrazarse para poder ver a su hijo a la distancia. El padre genético promovió el juicio de impugnación de la paternidad concurrente con investigación, obteniendo sentencia favorable a sus intereses. En los fallos de instancia se insistió en la importancia de provocar un paulatino acercamiento entre el hijo y su progenitor biológico, contando con el acompañamiento de ICBF. Relata el padre biológico que en una conversación con el niño le dijo que era afortunado porque tenía dos papás, cuatro abuelitos, y mucha más gente que lo quería (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1947, 2022).

La actitud silente del padre registral durante el proceso judicial, imposibilitó el aporte de un acervo probatorio contundente que demostrara su rol parental en la vida del infante y, a pesar de sus esfuerzos en sede de casación, no se atendieron sus reclamos tendientes al reconocimiento de la filiación socioafectiva. Narra que, si bien el impacto de la noticia de la verdadera paternidad afectó transitoriamente su ánimo, no dejó por ello de velar por el niño (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1947, 2022). En este fallo, la Corte descarta expresamente aplicar la filiación múltiple como alternativa válida de solución del caso, en los siguientes términos:

La solución del dilema pasa, entonces, por un balance o examen de proporcionalidad de derechos, que en manera alguna puede significar, por supuesto, el establecimiento de novedosas o artificiosas soluciones por parte del juzgador, porque más allá del reconocimiento en el ordenamiento vigente de diversas formas de familia o del eventual advenimiento de parentalidades múltiples o plurifiliación, la labor del administrador de justicia es procurar la conservación de las condiciones familiares y sociales, que voluntariamente y en respeto de la libertad y de los derechos individuales, han construido las personas, máxime si ellas son fruto de una tradición en la que la tranquilidad e inviolabilidad del hogar por injerencias externas, son valores que el derecho y la jurisprudencia no pueden ignorar (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1947, 2022).

Finalmente, la Corte resolvió privilegiar la filiación biológica, considerando que el padre consanguíneo ha propendido por estar cerca de su hijo, brindándole amor y ayuda económica a la escala de sus posibilidades. Este reconocimiento filial no deja de lado, a juicio de la Corporación, el apoyo material que también pueda darle voluntariamente el padre de crianza al niño, excluido de la relación jurídica filial, “debido al amor que dice tenerle” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1947, 2022).

## **5. La unidad del estado civil vs. la unidad afectiva: por un derecho de filiación que priorice vidas sobre formalismos**

La Corte Suprema de Justicia colombiana, en múltiples pronunciamientos ha advertido que una persona no puede tener dos filiaciones (biológica y de crianza) al mismo tiempo, por cuanto ello vulneraría el principio de la unidad del estado civil, que repele la duplicidad de estados civiles contradictorios (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

Civil, STC5594, 2020; SC3194, 2021; SC3327, 2022). En la misma línea, el artículo 1 del Decreto 1260 de 1970 consagra la indivisibilidad como una de las características del estado civil<sup>22</sup>, institución regulada por normas de orden público que no reposan al arbitrio de los particulares (Decreto 1260, 1970, art. 1).

Al respecto, valga decir que el criterio genético suele constituir una referencia para establecer la filiación estrictamente con dos progenitores, fomentando el dogma binario de la parentalidad. Sin embargo, en el derecho filiatorio contemporáneo se abre paso la admisión de nuevas fuentes de filiación, que abarcan la multiparentalidad con plenos efectos jurídicos personales y patrimoniales (Echevarría de Rada, 2023).

En principio, podría creerse que, en el territorio patrio, aún no se encuentra abonado el camino que conduzca al reconocimiento de la paternidad múltiple, con los consecuentes efectos jurídicos que se derivan de la pluriparentalidad. Sin embargo, existe una sentencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, que ordenó involucrar al padre genético y al padre socioafectivo de una niña en un programa de visitas, encuentros y sesiones de trabajo, aplicando una intervención oficiosa excepcional en procura de salvaguardar los derechos de la menor de edad, de modo que pueda disfrutar de la compañía y amor de su padre biológico y de su padre de crianza, mientras se resuelven por el juez de conocimiento las controversias existentes en torno a la custodia y las visitas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC8697, 2021).

---

<sup>22</sup> Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1260 de 1970 (julio 27), “por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas”. Diario Oficial No. 33.118 del 5 de agosto de 1970. Cfr. “Artículo 1.- El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”.

El caso se resolvió en la sentencia de tutela STC8697-2021, con ponencia del Magistrado Aroldo Quiroz Monsalvo. Se indicó que obstaculizar las visitas entre el progenitor biológico y su hija podría desembocar en el desarraigo y quebrantamiento insalvable de la relación paterno-filial. En cuanto al padre de crianza, se reconoció su papel como referente psicoafectivo cotidiano en la niña, así como su deseo e interés de participar de manera activa en la crianza de quien considera su hija. En suma, se resaltó el rol que cada uno de estos hombres ejerce en la formación y desarrollo individual de la menor de edad, exhortándolos a comprender que los derechos de la niña prevalecen sobre sus preferencias personales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC8697, 2021).

Señaló en este fallo el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria:

4.2. El reconocimiento de esta pluralidad de vínculos no ha sido extraña a nuestra tradición jurídica, impulsada por una realidad sociológica que ha transformado la noción de familia, al punto que se ha propendido por su salvaguarda.

Es pacífico que el esquema o paradigma original de la familia ha ido y seguirá adaptándose conforme pasa el tiempo ... dejando atrás la concepción de que la familia únicamente es la de un hombre y una mujer que deciden conformarla y sus hijos comunes, sino que puede tener diversas expresiones, como por ejemplo las familias ensambladas, monoparentales, heteroafectivas, homoafectivas, ampliadas e, incluso, pluriparentales...

4.2.3. Modernamente, en algunas legislaciones que comparten nuestra tradición jurídica, se ha desarrollado el concepto de la multiparentalidad, multiparentesco o plurifiliación, en donde se ha precisado que el parentesco no siempre se asocia al vínculo consanguíneo, cierto o presunto, sino que puede emanar de la

voluntariedad. (...) Posibilidad que, prima facie, es compatible con nuestro sistema de derecho, amén de la referida protección constitucional de todas las formas de familia, así como la salvaguardia prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de sus derechos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC8697, 2021).

Lamentablemente, este pronunciamiento no se sumerge en la discusión relativa a la filiación múltiple y sus efectos jurídicos, por cuanto el caso no giraba en torno a aquel debate. Sin embargo, la Corte ordenó a la sentenciadora garantizar el derecho de la niña a disfrutar de su familia, compuesta no sólo por lazos biológicos, sino también por los derivados del diario compartir, dentro del contexto de las nuevas formas de multiparentesco (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC8697, 2021).

Es innegable que, en los tiempos actuales, el concepto de familia abarca las relaciones de crianza que surgen en virtud del afecto, la solidaridad, el respeto y la convivencia, más allá de los vínculos hematológicos de sus integrantes. Sin embargo, el modelo de decisión judicial continúa sugiriendo una elección que, en ciertos casos, podría resultar dolorosa, además de trasgresora de los derechos fundamentales.

Igual que el bíblico episodio que relata el juicio de Salomón, donde la espada se alzó como árbitro de maternidades en pugna, hoy aún se esgrime como un hierro el filo normativo que cercena alguno de los dos vínculos filiales, por encima de los deseos de los hijos, ignorando acaso que la coexistencia de vínculos (biológicos y de crianza) garantiza mejor el interés superior de los menores de edad, entablando un equilibrio armónico que los hijos anhelan: el derecho a crecer con estabilidad y plenitud.

## **Conclusiones**

Como colofón, es preciso celebrar que el reciente Código de las Familias cubano, bajo el epígrafe “multiparentalidad sobrevenida”, permite excepcionalmente la posibilidad de que una persona pueda tener más de dos vínculos filiatorios (Código de las Familias, 2022, art. 55), atendiendo “los principios de interés superior de la hija o el hijo y de respeto a la realidad familiar” (Código de las Familias, 2022, art. 58), en “los casos de filiación construida socioafectivamente, sin que ello conduzca al desplazamiento de las filiaciones ya establecidas” (Código de las Familias, 2022, art. 58, lit. b). Para ello, se requiere probar judicialmente la “presencia de un vínculo socioafectivo familiar notorio y estable, con independencia de la existencia o no de un lazo biológico entre una persona y la hija o el hijo”, que implica el cumplimiento meritorio y voluntario de los deberes parentales (Código de las Familias, 2022, art. 59), a partir de la posesión notoria del estado de hijos.

Aguardamos que la historia permita la llegada de la filiación múltiple en los escenarios judiciales en nuestro territorio patrio, fundamentalmente en aquellos casos en los que sumar paternidades, en lugar de restarlas, pueda reflejar la mejor protección al interés superior de los niños, niñas y adolescentes. El binarismo filial en Colombia podría tener entonces sus días contados, aunque para ello, será necesario derribar aquellos rígidos y arraigados dogmas de la tradición jurídica filiatoria. Al fin y al cabo, la administración de justicia está llamada a implementar decisiones acordes con la evolución del derecho de las familias, en aras de garantizar el sagrado derecho humano de buscar la felicidad.

## **REFERENCIAS**

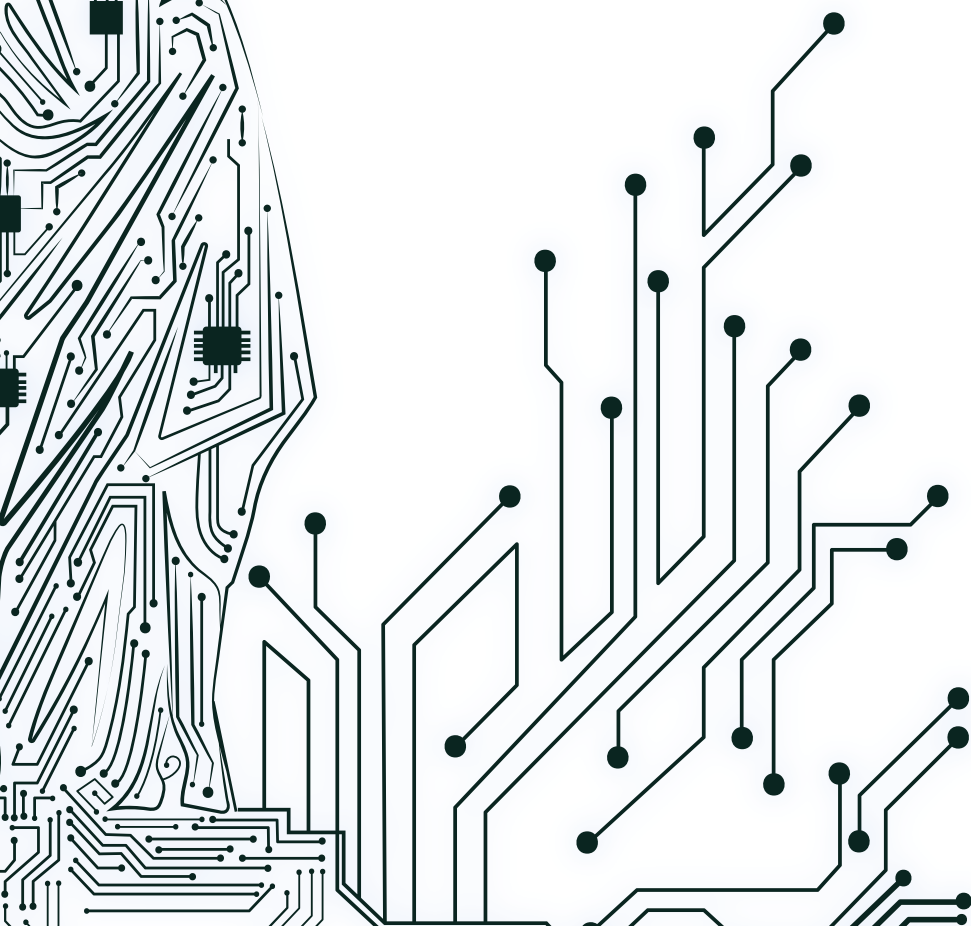
- Aguirre, V. (2021). La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico-binario de la filiación natural. *Revista Pluriverso*, 16(16), 120-162. <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/Pluriverso/article/view/1306/1566>
- Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba. (27 de septiembre de 2022). Código de las Familias. [Ley 156/2022]. Gaceta No. 99.
- Congreso de la República de Colombia. (24 de diciembre de 2001). Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968. [Ley 721 de 2001]. DO: 44.661.
- Código General del Proceso [CGP]. (2012). [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)
- Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de marzo de 1995). Sentencia C-105 [M.P.: Martínez, A.].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (21 de febrero de 2019). Sentencia STC1976 [M. P. Salazar, A.].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (14 de agosto de 2020). Sentencia STC5594 [M. P. Quiroz, A.].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (19 de julio de 2021). Sentencia STC8697 [M. P. Quiroz, A.].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (18 de agosto de 2021). Sentencia STC3194 [M. P. Quiroz, A.].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (8 de abril de 2022). Sentencia SC1171 [M. P. Quiroz, A.].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (30 de junio de 2022). Sentencia STC1947 [M. P. González, H.].

- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (9 de noviembre de 2022). Sentencia SC3327 [M. P. Ternera, F.].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural. (26 de febrero de 2025). Sentencia STC2156 [M. P. Ternera, F.].
- Echevarría de Rada, M. T. (2023). La multiparentalidad y las familias reconstituidas: Especial consideración de sus implicaciones sucesorias. *Revista de Derecho Civil*, 10(3), 1-39. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/864>
- Jaramillo, J. D. (2022). La poligamia y la pluriparentalidad en los distintos ordenamientos jurídicos: Un análisis comparado para incentivar la discusión sobre la familia plural. *Trans-Pasando Fronteras*, (19), 30-65.
- Juzgado de Familia No. 2 de San Ramón de la Nueva Orán, Salta, Argentina. (10 de agosto de 2021). Exp. No. 16725/20 [Jueza: Carriquiry, A.].
- Lafont Pianetta, P. (2013). *Derecho de Familia. Tomo II: Derecho marital – filial – funcional, derechos sexuales y reproductivos* (5ª ed.). Ediciones del Profesional.
- Le Gall, D. (2008). La evolución de la familia en Francia: de la aparición del pluralismo familiar a la cuestión de la pluriparentalidad. *Espacio Abierto*, 17(4), 631-655. <https://www.redalyc.org/pdf/122/12217405.pdf>
- Mariani, N. (2022). *Triple filiación en el derecho argentino: la socioafectividad creadora de vínculos jurídicos* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional de Río Negro]. Repositorio Institucional Digital <http://rid.unrn.edu.ar/handle/20.500.12049/9171>
- Parra, J. (2023). *Derecho de Familia. Tomo I: Parte sustancial* (4ª ed.). Temis.
- Presidencia de la República de Colombia. (27 de julio de 1970). Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas [Decreto 1260 de 1970]. DO: 33.118
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. (21 de septiembre de 2016). Sentencia R.E. 898.060/SC [R.: Fux, L.].
- Varsi-Rospigliosi, E. y Chaves, M. (2010). Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. *Actualidad Jurídica*, (200), 57-64. [https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3289/Varsi\\_Rospigliosi\\_Enrique\\_paternidad\\_socioafectiva.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3289/Varsi_Rospigliosi_Enrique_paternidad_socioafectiva.pdf?sequence=3&isAllowed=y)



## **CAPÍTULO DOS**

### **Control constitucional, convencionalidad y orden jurídico internacional**



## **El control de legalidad en los estados de excepción en el constitucionalismo colombiano**

---

**Pedro Pablo Vanegas Gil**

### **Resumen**

El artículo analiza el control de legalidad en los estados de excepción en el constitucionalismo colombiano. Explora el derecho de excepción como garantía constitucional en situaciones de crisis, diferenciando entre normalidad y anormalidad. Se destaca la evolución histórica de los estados de excepción en Colombia, su uso frecuente y las preocupaciones que llevaron a innovaciones en la Constitución de 1991 para evitar abusos del poder ejecutivo. Además, el texto profundiza en los controles políticos y jurídicos diseñados para impedir que las facultades extraordinarias se conviertan en una amenaza para la propia Constitución, enfocándose en el control automático de legalidad de los actos administrativos expedidos durante estos estados, así como su marco normativo, características y etapas procesales, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

**Palabras clave:** derecho de excepción, derecho constitucional, control político, control jurídico, actos administrativos.

### **Abstract**

The article analyzes the control of legality in states of exception in Colombian constitutionalism. It explores the right of exception as a constitutional guarantee in crisis situations, differentiating between normality and abnormality. It highlights the historical evolution of states of exception in Colombia, their frequent use, and the concerns that led to innovations in the 1991 Constitution to avoid abuses of executive power. The text delves into the political and legal controls designed to prevent

extraordinary powers from becoming a threat to the Constitution itself, focusing on the automatic control of legality of administrative acts issued during these states, as well as their regulatory framework, characteristics, and procedural stages, based on the jurisprudence of the Council of State

**Keywords:** right of exception, constitutional law, political control, legal control, administrative acts.

## **Introducción. Derecho de excepción y garantías de la constitución**

El derecho de excepción se convierte en una típica garantía de la Constitución en casos de crisis, es decir, en aquellas circunstancias extraordinarias que pongan en peligro la subsistencia, no solo del orden constitucional preestablecido, sino, en casos extremos, de la propia comunidad política, como puede ocurrir en los casos de grandes catástrofes naturales (Cruz, 1984). Es factible, entonces, que la Constitución pueda ser inesperadamente confrontada con una situación diferente, con un grado alto de complejidad que amenace, por ejemplo, la seguridad exterior o interior del Estado, en donde la propia Constitución pueda encontrarse en condiciones de no garantizar su propia existencia (Cruz, 1984). Surge así esa dicotomía entre situaciones de “normalidad” y “anormalidad”, entre “situaciones ordinarias” y “situaciones extraordinarias”, es decir, el concepto de crisis aplicado a la Constitución (Pérez, 1998).

Teniendo en cuenta esa diversidad de riesgos existentes, aparece el concepto de defensa del Estado y la Constitución, como una serie de normas e instituciones para la “garantía de defensa de la Constitución” (Denninger, 2001, p. 454). Es decir, que la Constitución opte por incorporar una respuesta para hacer frente a la crisis: *el derecho de excepción* (Cruz, 1984).

Así las cosas, en el derecho constitucional contemporáneo, como señala el constitucionalista portugués Gomes (2003), se puede definir el derecho de excepción como

Las previsiones y delimitaciones normativas-constitucionales de instituciones y medidas necesarias para la defensa del orden constitucional en casos de anormalidad que, no pudiendo ser superadas mediante los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento constitucional, exijan recursos y medios excepcionales (p. 1085).

Se trata, por lo tanto, de someter las situaciones de crisis y de emergencia a la propia Constitución, “constitucionalizando” los medios excepcionales para obtener el restablecimiento de la normalidad constitucional (Gomes, 2003).

Esta “constitucionalización” del derecho de excepción, sostiene Gomes (2003), se considera la solución más conforme con la “idea constitucional” porque es preferible que sea la propia Constitución la que consagre y defina los presupuestos de los estados de excepción a tener que recurrir a los principios de necesidad extra o supra constitucionales, susceptibles de manipulaciones a favor de cualquier “razón de Estado” o de “seguridad nacional o de orden público” (Gomes, 2003, p. 1086), invocada con cierta frecuencia por los jefes de gobierno.

Pues bien, “el derecho de excepción en el constitucionalismo colombiano terminó por convertirse en una institución bastante arraigada a nuestras prácticas constitucionales y políticas” (Vanegas, 2011, p. 262). En efecto, la figura de los poderes excepcionales casi siempre ha estado presente en nuestro constitucionalismo desde los albores de nuestra vida independiente, no solo por su consagración formal en los textos superiores, sino también, y esto sí con mayor preocupación, por el uso exagerado y abusivo, declarado o no, que se hizo de dichas facultades extraordinarias en tiempos de crisis, que terminaron por convertirla en fuente de necrosis constitucional (Restrepo, 1988).

Para el constituyente de 1991 no fue extraña la degeneración que, por varias décadas, había sufrido el instituto del “estado de sitio” durante la vigencia de la vieja Constitución de 1886<sup>23</sup>. Su mutación hacía un estado “permanente” de anormalidad, con las consecuencias negativas que esto derivaba para el ejercicio y goce pleno de los derechos y las libertades de las personas; la sustitución, casi natural, del legislador ordinario por el legislador extraordinario; las intromisiones frecuentes en el poder judicial, especialmente con las alteraciones de las competencias judiciales, la modificación de los tipos penales y la sustitución de los jueces naturales por jueces extraordinarios, la mayoría de las veces por tribunales o corte marciales; la pasividad del juez constitucional a la hora de ejercer el control constitucional, entre muchos otros, terminaron por llevar a la ruina a semejante figura que, concebida por el derecho constitucional para salvaguardar la integridad del propio texto superior, terminó convertida en su propia amenaza (Despouy, 1999).

Así, las preocupaciones del constituyente se vieron plasmadas en las distintas innovaciones que se aprecian en la nueva redacción de los estados de excepción en la Constitución de 1991 (Julio, 2003; Vanegas, 2011), entre ellas, reforzar el sistema de controles que impidan el abuso de la figura excepcional por parte del ejecutivo, así como evitar o prevenir los daños que se puedan causar al régimen constitucional, especialmente, en lo concerniente al ejercicio de los derechos de las personas. Se mantienen así en nuestra nueva preceptiva constitucional, el control político y el control jurídico en los estados de excepción, sin perjuicio de las responsabilidades internacionales del Estado que se derivan de los tratados internacionales debidamente ratificados.

---

<sup>23</sup> Sobre el particular se puede consultar el informe-ponencia que sobre el estado de sitio y la emergencia económica fue presentado en la Asamblea Nacional Constituyente por los delegatarios Alfredo Vásquez Carrizosa y José Matías, en la Gaceta Constitucional No. 767 del 4 de mayo de 1991.

## **1. Los controles en los estados de excepción**

Así, las preocupaciones del constituyente se vieron plasmadas en las distintas innovaciones que se aprecian en la nueva redacción de los estados de excepción en la Constitución de 1991 (Julio, 2003; Vanegas, 2011), entre ellos, reforzar el sistema de controles que impidan el abuso de la figura excepcional por parte del Ejecutivo, así como evitar o prevenir los daños que se puedan causar al régimen constitucional, especialmente, en lo concerniente al ejercicio de los derechos de las personas. Se mantienen así en nuestra nueva preceptiva constitucional, el control político y el control jurídico en los estados de excepción, sin perjuicio de las responsabilidades internacionales del Estado que se derivan de los tratados internacionales debidamente ratificados.

Pues bien, en este escenario de los controles, encontramos el control político (Vanegas, 2003). Si en tiempos de normalidad resulta trascendental el control político como mecanismo de fiscalización, revisión o examen de la actividad del ejecutivo, con mayor razón es indispensable en tiempos de crisis o de anormalidad institucional bajo el imperio de los estados de excepción<sup>24</sup>. Para la Corte Constitucional, “el acentuado control político que ejerce el Congreso en los estados de excepción cumple una función democrática de contrapeso al poder ampliado que adquiere el presidente” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-004, 1992). En este sentido, para garantizar este control político “reforzado”, la Constitución de 1991 dispone de mecanismos de control adicional, en el marco del derecho de excepción, que pueden desplegarse en diferentes momentos, desde la declaración o la adopción de las medidas, así como la responsabilidad de quienes las declaran y ejercen dichos poderes.

---

<sup>24</sup> Sobre el control político en el Estado constitucional, se puede ver: Lozano, G. (2010). Control político en el ordenamiento constitucional colombiano: ¿un concepto diluido de control jurídico o una idea que debe consolidarse? Universidad Externado de Colombia. P. 23 y ss.

En cuanto al control jurídico automático de los decretos legislativos, establecido en la reforma constitucional de 1968, se mantiene en el nuevo régimen constitucional, esta vez asignado a la Corte Constitucional<sup>25</sup>. Control judicial que no es pacífico, especialmente cuando apunta al acto propio de la declaratoria. Sin embargo, es evidente que la intervención del juez y su competencia para la revisión judicial, inclusive del acto de la declaratoria, ha terminado por convertirse en una herramienta útil para evitar la ilegalidad en el uso o “abuso” de los estados de excepción<sup>26</sup>.

Pero, ¿cuál es el papel del poder judicial en los casos de la declaratoria de un estado de excepción? Son varias las posiciones o roles que pueden asumir los jueces constitucionales al respecto, como lo señala Nestor Pedro Sagüés. La primera posición, de tipo abstencionista, implica que la declaración de un estado de excepción es una cuestión política “no justiciable” y que no les corresponde a los jueces valorar las condiciones fácticas que dan lugar a la declaratoria de un estado de excepción o evaluar el acierto o la oportunidad de dicha declaratoria. Una segunda

---

<sup>25</sup> Sobre la evolución de los controles de las declaratorias de los estados de excepción, se puede ver: Reales, C. (2007). El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción. En M.J. Cepeda y E. Montealegre (Dirs.) y A. Julio (Coord.) *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión* (pp. 615-y ss.). Universidad Externado de Colombia. También se puede ver: García, M. y Uprimny, R. (2005). ¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción. *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/publication/el-control-judicial-de-los-estados-de-excepcion/>

<sup>26</sup> “La única manera efectiva de evitar la arbitrariedad en las declaraciones de emergencia y su aplicación, es su judicialización, la que se ha desarrollado con bastante lentitud, ya que por muchos años predominó el criterio tanto legislativo como jurisprudencial de que se trataba de cuestiones estrictamente políticas que no podían someterse al conocimiento de los organismos jurisdiccionales” (Fix, como se citó en Vanegas, 2011, p. 278).

posición demanda mayor protagonismo del poder judicial para controlar jurídicamente los actos de declaración de los estados de excepción. Y, finalmente, una postura intermedia que aceptaría cierto control judicial, pero con una fuerte presunción de legitimidad en la declaración de emergencia (Vanegas, 2011, pp. 278 y 279).

A pesar de lo anterior, es posible ver un avance en el tema de los estados de excepción, si lo comparamos con la historia constitucional del siglo XX, a propósito de la desviación patológica que caracterizó el estado de sitio bajo el amparo de la Constitución de 1886. También es destacable el papel del juez constitucional, que al asumir con entereza el control de constitucionalidad sobre el acto de la declaratoria ha contribuido a evitar su uso recurrente por parte del ejecutivo y, aún más, cuando ha decidido declarar la inconstitucionalidad de algunos de ellos. Solo de esta manera se rescata la figura de los institutos de excepción como mecanismo de defensa de la Constitución y no como su enemigo latente (Vanegas, 2011, p. 286).

## **2. El control automático de legalidad en los estados de excepción**

### ***2.1. Marco normativo: consagración estatutaria, desarrollo jurisprudencial y legal***

Pues bien, en el marco de los controles judiciales, paralelo al constitucional de los decretos legislativos a cargo del alto tribunal constitucional, aparece otro, incorporado con la Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de los Estados de Excepción)<sup>27</sup>. En efecto, el artículo 20 de la mencionada ley, se

---

<sup>27</sup> Otra novedad significativa en la Constitución de 1991 tiene que ver con la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, cuyo objetivo constitucional es regular las facultades del gobierno en estos regímenes excepcionales y establecer los controles judiciales y las garan-

refiere al control de legalidad de las medidas adoptadas por las autoridades en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción (Ley 137, 1994). Por ello, es perfectamente posible que, para el desarrollo o cumplimiento de las medidas, les corresponda a las diferentes autoridades administrativas expedir un conjunto de normas jurídicas de carácter general que permitan o faciliten la aplicación de los respectivos decretos legislativos.

Así las cosas, quiso el legislador estatutario que, *mutatis mutandis* lo que sucede con el control automático de constitucionalidad de los decretos legislativos, sucediera lo mismo con los actos administrativos expedidos por todas las autoridades en desarrollo de dichos decretos legislativos, es decir, que fueran sometidos a un *control automático de legalidad* ante la jurisdicción contencioso administrativa que encabeza el Consejo de Estado como tribunal supremo de esta jurisdicción.

La Corte Constitucional, en sentencia C-179 de 1994, sobre este mecanismo de control señaló que constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas y una medida eficaz que busca impedir la aplicación de normas ilegales. Dicho de otra manera, este control se orienta al propósito de evitar que las autoridades administrativas acaben amparándose en las normas excepcionales que conforman el régimen jurídico de la emergencia para adoptar decisiones contrarias a derecho, apartándose, incluso, de los fines y propósitos en que se sustenta la declaratoria del estado de excepción.

Llama la atención que la doctrina en general, así como la especializada en los estados de excepción, se haya ocupado más bien poco de este tipo de control (Díaz, 2002; Córdoba y Ramírez, 2023; Almanza y Pérez, 2020). Por lo tanto, el objetivo de esta breve reflexión consiste en presentar una

---

tías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales (Ley 137, 1994). En desarrollo de ese mandato constitucional, el Congreso expidió la Ley 137 de 1994, por el cual se reglamentan los estados de excepción en Colombia. El control constitucional previo de esta ley se encuentra en la sentencia C-179 de 1994 de la Corte Constitucional.

versión esquemática de algunos aspectos relevantes de este mecanismo judicial, que tiene por objetivo también el de controlar los eventuales abusos que se puedan cometer en vigencia del régimen de excepcionalidad, sin tener que estar supeditados a eventuales demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Este mecanismo de control, previsto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994<sup>28</sup>, se reitera en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en donde se encuentran dos disposiciones sobre el particular<sup>29</sup>, además de las previstas sobre la competencia del Consejo de Estado y de los tribunales.

En ese sentido, el CPACA reproduce íntegramente la norma estatutaria, solo con dos adiciones: la primera, que la facultad atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativo sería “de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código” (CPACA, 2011, art. 136); y la segunda, muy relevante sobre la omisión de remitir el acto dentro del plazo establecido, que señala que “si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento” (CPACA, 2011, art. 136).

---

<sup>28</sup> Artículo 20: “Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición” (Ley 137, 1994, art. 20).

<sup>29</sup> Artículo 136: “Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento (CPACA, 2011, art. 136) (cursiva fuera del texto original).

## **2.2. Características mecanismo de control a partir de su consagración legal y desarrollo jurisprudencial**

Del marco normativo, así como de su desarrollo jurisprudencial<sup>30</sup>, se pueden discernir las siguientes características de este mecanismo au-

<sup>30</sup> En la sentencia de 16 de junio de 2009, el Consejo de Estado señala el marco de referencia sobre las características de este mecanismo: “En primer lugar, se trata de un proceso judicial, por lo tanto, la naturaleza del acto que lo resuelve es una sentencia, porque la competencia atribuida a la jurisdicción es la de decidir sobre la legalidad del mismo, lo cual corresponde hacer a través de aquella. En segundo lugar, el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la ley 137: “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características: i) No impide la ejecución de la norma, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos. ii) No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad. En tal sentido, la condición para que pueda controlarse es que se haya expedido, no que esté produciendo efectos. iii) También es automático o inmediato porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien la expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal. No sobra decir que se trata de una competencia muy particular, en comparación con el común de las acciones contenciosas, como quiera que el tradicional principio de la “jurisdicción rogada” -que se le ha atribuido a esta jurisdicción-, sufre en este proceso una adecuada atenuación en su rigor, ya que en esta ocasión no se necesita de una acción, ni de criterios o argumentos que sustenten la legalidad o ilegalidad. Por el contrario, basta con que la ley haya asignado a esta jurisdicción la competencia para controlar el acto, para que proceda a hacerlo. En otras palabras, en este evento la jurisdicción conoce de manera oficiosa del asunto. Desde luego que esta característica implica, adicionalmente, una carga especial para la justicia, pues es ella quien, con su conocimiento técnico, debe construir los supuestos de derecho que sirven para realizar el análisis. En otras palabras, la carga de las razones o fundamentos de derecho con los cuales se analiza el acto son del resorte de la jurisdicción, como una especie de garantía máxima de la legalidad y la constitucionalidad de las actuaciones del Gobierno, en un estado tan extraordinario, como son los de excepción. En tercer lugar, el control es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el art. 215 CP., pese a que la norma no lo señala en forma expresa, pero necesariamente debe ser así, pues si no opera por vía de acción -toda vez que es oficioso- resulta lógico que el juez asuma el control completo de la norma” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA), 2009) (Resaltado fuera del texto original).

tomático de control<sup>31</sup>: objeto, naturaleza judicial, automático e inmediato, autónomo, integral, compatible, participativo, con cosa juzgada relativa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00, 2021).

### **2.2.1. Objeto de control**

De conformidad con la ley, el objeto de este control automático se circunscribe a “las medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción” (Ley 137, 1994, art. 20). Si bien es cierto la norma utiliza primero la expresión “medidas de carácter general”, el segundo inciso de la disposición utiliza la expresión más precisa, a propósito del deber de remitirlas al juez. En efecto, dispone que “las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos...” (Ley 137, 1994, art. 20) (Resaltado fuera del texto original).

Así las cosas, son objeto de control en este mecanismo (i) los actos administrativos de carácter general, lo que supone de suyo que aquellos actos administrativos de contenido particular, los cuales tienen efectos respecto de una o varias personas determinadas, no son susceptibles de este control automático. De la misma manera, estos actos deben ser (ii) expedidos en ejercicio de la función administrativa, entendida como toda aquella actividad que, desde el punto de vista orgánico y funcional no es legislativa ni judicial. Así, por ejemplo, una decisión de una autoridad administrativa, pero expedida en virtud de una función judicial, no sería susceptible de este mecanismo de control.

---

<sup>31</sup> En la sentencia de 3 de mayo de 1991, el Consejo de Estado señaló que se trataba de un control integral, que incluía “la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas (...) con las causas que se dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. 1999-NCA011CA-011, 1999).

Finalmente, (iii) que el acto administrativo general objeto de revisión se haya expedido “como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción” (Ley 137, 1994, art. 20) (Resaltado fuera del texto original), es decir, que el fundamento de la decisión se relacione de manera directa e intrínseca con las materias que justificaron la declaratoria del estado de excepción, así como el decreto legislativo que también le sirve de fundamento. En este caso, para hacer esta comprobación, no es suficiente que en la motivación del acto administrativo se cite o invoque directamente al decreto legislativo, sino que resulta también necesario determinar, a partir de las motivaciones y consideraciones, si la decisión administrativa propiamente dicha se relaciona con los decretos legislativos expedidos en virtud del estado de excepción (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00, 2021).

Entonces, el cumplimiento de estos tres presupuestos deberá ser verificado por el magistrado ponente al momento de decidir si se aboca o no conocimiento. Sobre el particular, puede ser objeto de discusión, a propósito de estas condiciones, la expedición de un acto administrativo que tenga como fundamento solo el acto de la declaratoria del estado de excepción, es decir, que no se basa en ningún decreto legislativo que adopte medidas extraordinarias.

Teniendo en cuenta la estructura del acto de la declaratoria, que, en primer lugar, contiene las motivaciones o razones que se aducen como fundamento para su declaración (presupuesto fáctico); luego, las consideraciones sobre la gravedad (presupuesto valorativo); así como el examen sobre la insuficiencia de las medidas ordinarias (presupuesto de insuficiencia de las medidas), para, finalmente, hacer la respectiva declaratoria, señalando su ámbito temporal y territorial, es claro que en este acto no se adopta ninguna medida excepcional, más allá de la declaratoria.

Pues bien, a pesar de lo anterior, no se puede perder vista que el acto por medio del cual se declara un estado de excepción es un decreto

legislativo, el primero de ellos y el más importante en el régimen de excepción, no solo porque es el que le permite al presidente de la República asumir las facultades extraordinarias estrictamente necesarias para superar la crisis, sino porque, además, cumple con la función primordial de informar a la población que se ha entrado a un régimen de excepción, caracterizado por mayores restricciones de los derechos y las libertades. Asimismo, le servirá a los jueces para realizar el control judicial de las diferentes medidas adoptadas bajo el amparo de dichos estados, especialmente en lo atinente a los principios de conexidad, necesidad, finalidad y proporcionalidad con los hechos que dieron origen a tal declaratoria.

Así las cosas, bien se puede sostener que un acto administrativo general, expedido en virtud de la función administrativa y como desarrollo del decreto legislativo que declara el estado de excepción, también es susceptible de este control automático, entre otras cosas, porque la norma que lo consagra no hace ninguna distinción sobre los decretos legislativos ni hace referencia expresa a que se trate de decretos legislativos de desarrollo o que adopten medidas específicas. En efecto, la norma usa la expresión “y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción” (Ley 137, 1994, art. 20).

En todo caso, el magistrado sustanciador, luego de iniciar la revisión automática de legalidad, puede declarar la improcedencia si advierte, en el estudio de fondo, que la medida o acto administrativo no reúne los tres presupuestos analizados, en cumplimiento de la obligación de ejercer el control de legalidad o saneamiento previsto en el CPACA por ser improcedente proferir una decisión de fondo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00, 2021).

En últimas, no son objeto de este control automático los actos administrativos que, aunque puedan guardar relación con los hechos pertur-

badores del orden público o que tengan como propósito adoptar medidas tendientes a superar la crisis, se adopten en el marco de las funciones ordinarias de las autoridades. En este caso, el mecanismo de control será otro, específicamente, por vía de acción, a través del medio de control de nulidad simple.

### ***2.2.2. Naturaleza del mecanismo***

Es un control judicial. Reglas de competencia. Las dos disposiciones legales que se ocupan sobre este control, tanto la estatutaria como la del CPACA, le atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de este mecanismo de control, lo que permite deducir, sin mayores esfuerzos, que se trata de un mecanismo de naturaleza judicial que habrá de terminar con una decisión de esa misma naturaleza contenida en una sentencia judicial<sup>32</sup>.

En todo caso, señala una regla general de distribución de acuerdo con el lugar donde se expidan los actos administrativos. Esto, sin perder de vista que, si los actos son expedidos por autoridades nacionales, la competencia le corresponde al Consejo de Estado. Pues bien, el CPACA se ocupa de precisar las reglas de competencia sobre el particular, así, el numeral 8 del artículo 111 señala que le corresponde a la Sala de lo Contencioso administrativo en pleno “ejercer el control inmediato de legalidad de los actos de carácter general dictados por autoridades nacionales con fundamento y durante los estados de excepción” (CPACA, 2011, art. 111) (resaltado fuera del texto original).

---

<sup>32</sup> En todo caso existieron voces disidentes en el alto tribunal contencioso que consideraban que este control inmediato de legalidad “no tiene el carácter de sentencia, habida cuenta de que no atiende a las reglas del debido proceso sino a un procedimiento o trámite sumario. Por eso mismo, posteriormente el acto puede ser demandado por la vía ordinaria con fundamento en la violación de otras disposiciones, no consideradas aquí” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. CA-008, Salvamento de voto, 1999).

Sobre la distribución de los asuntos al interior de la Sala, vale la pena recordar que el artículo 107 del CPACA creó las Salas Especiales de Decisión para resolver los procesos sometidos al conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que la ley expresamente les encomiende<sup>33</sup>, además de los asuntos que la propia Sala Plena les encargue. Así, el artículo 29 del Reglamento de la Corporación dispuso que las Salas Especiales de Decisión resolverán los asuntos de competencia de la Sala Plena, entre otros, los “procesos que les sean asignados por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo” (Acuerdo 080, 2019, art. 29)

En este sentido, en sesión del 2 de abril de 2020, la Sala Plena le asignó a las Salas Especiales de Decisión la competencia de ejercer el control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos por autoridades del orden nacional, en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción.

Sobre los actos administrativos expedidos por autoridades territoriales, bien departamentales, distritales o municipales, el numeral 7 del artículo 151 del CPACA señala que los tribunales administrativos conocerán en única instancia:

---

<sup>33</sup> Artículo 107: “Créanse en el Consejo de Estado las salas especiales de decisión, además de las reguladas en este Código, encargadas de decidir los procesos sometidos a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que esta les encomiende, salvo de los procesos de pérdida de investidura y de nulidad por inconstitucionalidad. Estas Salas estarán integradas por cuatro (4) Magistrados, uno por cada una de las secciones que la conforman, con exclusión de la que hubiere conocido del asunto, si fuere el caso” (CPACA, 2011, art. 107). El Reglamento del Consejo de Estado dispone que “Las Salas Especiales de Decisión creadas por el artículo 107 de la Ley 1437 de 2011 estarán integradas por un (1) magistrado de cada una de las Secciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo” (Acuerdo 080, 2019, art. 28).

Del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los estados de excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por autoridades territoriales, departamentales y municipales. Esta competencia corresponderá al tribunal del lugar donde se expidan (CPACA, 2011, art. 151).

En los Tribunales Administrativos, la sala, subsección o sección dictará la sentencia, de conformidad con lo previsto en la Ley 2080 de 2021.

### ***2.2.3. Es un control automático e inmediato***

Las disposiciones legales señalan expresamente esta característica del mecanismo al disponer que las medidas de naturaleza administrativa “tendrán un control inmediato de legalidad” (Ley 137, 1994, art. 20) y, además, le impone a la autoridad que lo expidió su remisión a la mayor brevedad posible, con el propósito de que el juez asuma su revisión de legalidad. En efecto, deberán ser enviados dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, so pena de que el juez pueda aprehender de oficio.

Entonces, se convierte en una excepción al principio de justicia rogada que caracteriza al contencioso administrativo, en la medida en que no es necesario el ejercicio de ninguna de las acciones contenciosas, como la de nulidad o la de nulidad por inconstitucionalidad. Con la expedición del acto administrativo en los términos previstos en la ley, se activa la competencia de la jurisdicción, bien con la remisión que haga la autoridad que lo expidió, bien que se asuma de oficio.

También es importante advertir que esta característica del control no afecta la presunción de legalidad que tienen los actos administrativos, por lo tanto, no se altera el cumplimiento o ejecución de la norma hasta tanto no se decida sobre su nulidad. También ha señalado la jurisprudencia

cia que no es requisito para efectuar este control, que el acto se encuentre publicado en el órgano oficial de divulgación, teniendo en cuenta que una es la existencia de aquel y otra su publicidad, en la medida que la procedencia del control se sujeta a que el acto se haya expedido y no a que esté produciendo efectos.

#### ***2.2.4. Es un mecanismo autónomo***

Esta característica significa que este control automático de legalidad no está supeditado o condicionado por el resultado del control de constitucionalidad de los decretos legislativos a cargo de la Corte Constitucional. En efecto, nos encontramos en presencia de dos mecanismos automáticos de control judicial, uno de rango constitucional, respecto de los decretos legislativos, y otro, de rango legal estatutario, a propósito de las medidas administrativas que se adopten en virtud de tales decretos. Los dos mecanismos son inmediatos e integrales, pero se surten en jurisdicciones distintas y con reglas procesales diferentes.

Así las cosas, este control automático se adelanta aún si el juez constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de los mencionados decretos, entre otras cosas, porque los términos previstos para su resolución son diferentes. De la misma manera, procederá en los casos en que se origine primero la declaratoria de inconstitucionalidad de un decreto, que en principio configuraría “pérdida de la fuerza ejecutoria por decaimiento”, que implicaría substracción de materia en el control de legalidad de los actos expedidos al amparo del decreto declarado inconstitucional, pues, esto “no es óbice para que el Consejo de Estado haga un juicio de legalidad del acto objeto de examen por cuanto nació a la vida jurídica y generó efectos jurídicos” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 200083111001-03-15-000-2009-00304-00, 2009).

También es posible que, respecto a los actos administrativos objeto de control automático, se puedan presentar, por vía de acción, medios de

control de nulidad o de nulidad por inconstitucionalidad por violación de norma superior en la que debería fundarse, diferentes de aquellas sobre las cuales procede este control inmediato. En este caso, también consideramos que los dos mecanismos contenciosos pueden seguir su propia causa procesal correspondiente.

### ***2.2.5. Es un control integral***

En efecto, a pesar de que ni la Constitución ni la ley determinaron los elementos de valoración en este juicio automático<sup>34</sup>, se ha sostenido jurisprudencialmente que este mecanismo admite un control integral que supone que la labor del juez administrativo involucra la comprobación o examen del acto administrativo, tanto en sus aspectos formales como materiales, es decir, no se limita exclusivamente a alguno de los dos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00, 2021).

En cuanto a los aspectos formales, se contrae a la verificación de los elementos de validez del acto, es decir, que haya sido expedido por funcionario que tiene la competencia para ello; que se encuentre motivado; que su objeto sea lícito; la legalidad de la finalidad que se pretende alcanzar y que se hayan respetado las formalidades para su expedición.

Respecto al control material, este resulta mucho más complejo al momento de determinar cuáles serían los criterios de valoración que debe

---

<sup>34</sup> Sobre el particular, pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: sentencia de 3 de mayo de 1999, con Rad. CA-011; sentencia de 21 de junio de 1999, con Rad. CA-026; sentencia de 24 de septiembre de 2002, con Rad. 11001-03-15-000-2002-0697-01(CA-003); sentencia de 16 de junio de 2009, con Rad. 11001-03-15-000-2009-00305-00; sentencia de 22 de febrero de 2011, con Rad. 11001-03-15-000-2010-00452-00 y sentencia de 29 de octubre de 2013, con Rad. 11001-03-15-000-2011-0074-00.

seguir el juez administrativo. En todo caso, ya el Consejo de Estado ha señalado que este juicio de legalidad no puede tener como patrón de validez los mismos parámetros del control de constitucionalidad que realiza el alto tribunal constitucional respecto de los decretos legislativos, teniendo en cuenta que su naturaleza es distinta y su confrontación se hace con la totalidad de la Constitución, lo que ya de por sí es diferente en el control de legalidad ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00, 2021).

Ahora bien, que este control automático sea integral tampoco implica el deber de confrontar el acto administrativo respecto de todo el ordenamiento jurídico, ni que se tenga que confrontar con todas las causales de nulidad que, a todas luces, desbordaría la capacidad de los jueces por alta complejidad<sup>35</sup>.

Así las cosas, la jurisprudencia ha señalado que el control material en este mecanismo automático se debe contraer a dos aspectos: (i) conexidad y (ii) proporcionalidad. En el primer caso, el Consejo de Estado “ha entendido por **conexidad**, la necesaria correlación o correspondencia

---

<sup>35</sup> “La jurisprudencia constitucional ha considerado que la declaratoria de una emergencia económica, social o ecológica presupone el cumplimiento de requisitos tanto formales como materiales, con respecto a los cuales la Corte debe ejercer un control automático e integral y, en las mismas condiciones, lo debe hacer la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con respecto a las medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de excepción, tal como lo establecen el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y el 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Siendo ello así, el control que corresponde ejercer al juez contencioso es un control integral, por cuanto su análisis implica su confrontación con el artículo 215 de la Constitución Política, con el decreto que declara la emergencia y con el decreto legislativo que desarrolla, este último con independencia de que se declare su inconstitucionalidad, en tanto es necesario determinar si, mientras el acto administrativo produjo efectos, se ajustó o no, al ordenamiento jurídico” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 27, Rad. 11001-03-15-000-2020-01202-00, 2020).

directa y específica, que debe existir entre las disposiciones adoptadas por el Ejecutivo a través del acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad, y los fundamentos constitucionales invocados, el Decreto Declarativo del Estado de Excepción, y los Decretos Legislativos por medio del cual, se implementan medidas para superarlo” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00, 2021).

Respecto de la proporcionalidad de las medidas, el tribunal supremo de lo contencioso se vale de la construcción que sobre este aspecto ha realizado la Corte Constitucional, a propósito de la restricción de los derechos fundamentales, que solo se justificaría si se tratara “de una medida estrictamente necesaria y útil para alcanzar una finalidad constitucionalmente valiosa y cuando el beneficio en términos constitucionales es superior al costo que la restricción apareja” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-720, 2007). Y concluye el juez constitucional: “Cualquier restricción que no supere este juicio carecerá de fundamento constitucional y, por lo tanto, debe ser expulsada del mundo del derecho” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-720, 2007).

Ahora, este juicio de proporcionalidad incorpora tres subprincipios que debe valorar el juez: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Y sobre el particular, ha señalado:

(i) idoneidad, en cuya sede es preciso establecer la existencia de un fin constitucionalmente legítimo al cual se encuentre orientada la restricción objeto de control y, en segundo término, que el instrumento ideado -esto es, la restricción misma- resulte adecuado para la consecución de dicho propósito. (ii) Necesidad, momento en el cual se analiza la eventual existencia de otros medios que supongan una limitación menos severa al derecho fundamental. (iii) Proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se indaga por la relación entre los costos y los beneficios

constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-857, 2008).

Así las cosas, el Consejo de Estado ha señalado que

El debido ejercicio del juicio de aspectos materiales de los actos administrativos de carácter general dictados por las distintas autoridades administrativas con ocasión de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción, en los términos de lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA, requiere un juicio de idoneidad, un juicio de necesidad y un juicio de proporcionalidad en estricto sentido (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00, 2021).

Y sobre los tres subprincipios en este control de legalidad, señaló:

- i. **Idoneidad:** corresponde determinar si las disposiciones normativas expedidas por los distintos entes administrativos en desarrollo de Decretos Legislativos se encuentran dirigidas a cumplir el propósito de tales normas dictadas en virtud de facultades extraordinarias, es decir, conjurar el estado de emergencia; además estas deben ser, adecuadas, idóneas o eficaces para tal efecto.
- ii. **Necesidad:** Se deberá definir si existen otros medios idóneos para desarrollar las medidas adoptadas por medio de Decretos Legislativos para conjurar el Estado de Excepción declarado, y si los otros medios existentes, suponen una restricción menos severa de los derechos fundamentales.
- iii. **Proporcionalidad en estricto sentido:** Incumbe en este punto establecer si a través del acto administrativo de carácter general materia de análisis, se crea un conflicto entre principios o derechos, y de ser así,

se deberá establecer si los beneficios resultan superiores a la afectación que se genera a estos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00, 2021).

En conclusión, el control integral de los actos administrativos implica que el juez:

Deberá: (i) analizar los aspectos formales del acto administrativo, esto es, la competencia, motivación, objeto, finalidad y las formalidades propiamente dichas; y (ii) realizar un juicio de los aspectos materiales esto es: (a) la conexidad y (b) la proporcionalidad, etapa en la que además se verificará la idoneidad, y la necesidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00, 2021).

### ***2.2.6. Es compatible con el ejercicio de otras acciones y la cosa juzgada relativa***

Además de ser un mecanismo autónomo, como se explicó antes, también es un medio de control compatible con otras acciones públicas, como las de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad, según sea el caso. De tal modo que el acto administrativo general expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno nacional durante los estados de excepción puede demandarse posteriormente a través de los medios de control mencionados, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad.

En efecto, aun cuando este control automático es integral, ya se señalaba antes la imposibilidad del juez administrativo de cotejar el acto

administrativo objeto de control con todo el ordenamiento jurídico y de ahí las cuestiones relativas al fenómeno de la cosa juzgada, que ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia. En efecto, concluyó que, si el mecanismo de control tiene un carácter jurisdiccional, habrá de tener vocación de cosa juzgada. Al respecto señaló:

... Por lo tanto, es clara la voluntad del legislador de que dicho control sea jurisdiccional y que, por la connotación administrativa del acto sometido al mismo, éste se surta en la jurisdicción especial que justamente tiene el control de legalidad de los actos y actuaciones administrativas. El diligenciamiento de este control y el examen que él implica constituyen un juicio jurisdiccional y el consiguiente pronunciamiento que profiera la Sala constituye una sentencia con fuerza de cosa juzgada (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 11001-03-15-000-2010-00347-00, 2010) (Resaltado fuera del texto original).

Pero, en todo caso, señaló que se refiere a una cosa juzgada relativa a pesar de que se trate de un control integral (tanto de fondo, como de forma), teniendo en cuenta que la confrontación que hace el juez sobre el acto administrativo que se revisa es sobre un bloque normativo específico, que en este caso es la Constitución Política, la Ley Estatutaria de los estados de excepción, los decretos legislativos, así como las normas legales que con ocasión del estado de excepción se desarrollan (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 200463711001-03-15-000-2010-00347-00, 2010).

Así las cosas, no es óbice para que, sobre un acto administrativo que ha pasado y superado el control automático de legalidad,

... Sea susceptible del control de legalidad normal u ordinario, puesto que el control automático en comento no le quita su

condición de acto administrativo, ni le imprime una naturaleza o condición jurídica especial que lo sustraiga del control ordinario que a la jurisdicción contencioso administrativa le está dado por la Constitución Política (artículo 238) y la ley (artículos 82, 83, 84 y 85 del C.C.A.), menos cuando también está desarrollando normas de una ley común ya que se trata de un acto administrativo igualmente normal u ordinario en tanto es resultado del ejercicio de funciones o atribuciones igualmente ordinarias o propias de la autoridad que lo profiere, que se concretan en la facultad o potestad reglamentaria que tienen las autoridades administrativas, que bien cabe ejercerse sobre los decretos legislativos igual que sobre cualquier otro acto con fuerza material de ley” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 200463711001-03-15-000-2010-00347-00, 2010).

### ***2.2.7. Se trata de un control público y por ende participativo.***

Finalmente, el mecanismo de control automático tiene la característica de ser un procedimiento de naturaleza pública, que permite, entonces, que los ciudadanos puedan intervenir para defender la legalidad del acto, bien para alegar su ilegalidad. Para tal efecto, como se verá más adelante, se prevé que una vez se asuma o avoque conocimiento, deberá garantizarse un término para las intervenciones ciudadanas, *mutatis mutandis*, como en el procedimiento de revisión oficiosa de constitucionalidad.

## **3. Los aspectos procesales del medio de control: su regulación en el CPACA**

### ***3.1. Etapas del procedimiento***

El artículo 185 del CPACA se ocupa del trámite procesal que tiene este mecanismo y señala las etapas del procedimiento, así:

- i. Remitido el acto administrativo o aprehendido de oficio, se procederá al reparto a uno de los magistrados de la sala Contenciosa. El magistrado ponente avocará conocimiento y será el encargado de la sustanciación del proceso y el responsable de la elaboración de la ponencia para la decisión de la sala correspondiente (CPACA, 2011, art. 185).
- ii. En el auto que avoca conocimiento o admite el trámite, el magistrado ponente:

... ordenará que se fije en la secretaría un aviso que dé cuenta de la existencia del proceso, por un término de diez (10) días, con el propósito de que cualquier ciudadano pueda intervenir para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo (CPACA, 2011. Art. 185). (Resaltado fuera del texto original).

De igual manera, ordenará la publicación de un aviso en el sitio *web* de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (CPACA, 2011, art. 184).

... Podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito su concepto acerca de puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, dentro del plazo prudencial que se señale.

Cuando para la decisión sea menester el conocimiento de los trámites que antecederon al acto demandado o de hechos relevantes para adoptar la decisión, podrá decretar las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días (CPACA, 2011, art. 185) (Resaltado fuera del texto original).

- iii. Concepto del Ministerio Público: “expirado el término de la publicación del aviso o vencido el término probatorio cuando este fuere procedente,

pasará el asunto al Ministerio Público para que dentro de los diez (10) días siguientes rinda concepto” (CPACA, 2011, art. 185).

- iv. Registro de fallo: “vencido el traslado al Ministerio Público para rendir concepto, el magistrado ponente, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada al despacho, registrará el proyecto de fallo para sentencia” (CPACA, 2011, art. 185).
- v. La sentencia: “la Sala Plena de la respectiva corporación adoptará el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes” (CPACA, 2011, art. 185).

### ***3.2. Otros aspectos del procedimiento: ¿remisión a las normas generales?***

Un aspecto importante que vale la pena poner de presente es que, además de las reglas generales previstas en el artículo 185, y de las normas sobre competencia, no existe ninguna disposición que se refiera a las demás vicisitudes procesales que se pueden presentar en los juicios contencioso administrativos. Entonces, ¿son aplicables las normas generales sobre el proceso contencioso administrativo, contenidos en la parte general del CPACA?

Pues bien, consideramos que la aplicación de normas generales del procedimiento administrativo ordinario le serán aplicables, en cuanto sean compatibles con el control automático de legalidad. Así, por ejemplo, le serán aplicables las normas sobre impedimentos y recusaciones y las que definen la forma de resolverlos. Del mismo modo, el régimen de notificaciones, sin perder de vista el carácter automático de este mecanismo que, en principio, excluiría la notificación personal del auto que avoca conocimiento, salvo que el juez haya asumido de oficio el control judicial.

Lo propio será predicable del régimen probatorio. Si bien es cierto, la norma especial que rige este mecanismo señala que el juez puede decretar las pruebas que estime necesarias (CPACA, 2011, art. 185), los medios

probatorios y su práctica se regirán por las normas del CPACA y, en su defecto, por las del Código General del Proceso (CGP).

Otro aspecto que puede ser susceptible de discusión es el relativo a la procedencia de medidas cautelares, reguladas en los artículos 229 y siguientes del CPACA, específicamente sobre la suspensión provisional. ¿Quién está legitimado para solicitarla? ¿En qué oportunidad? ¿Se puede decretar de oficio? Pues bien, teniendo en cuenta la finalidad de las medidas o actos administrativos que desarrollan los decretos legislativos, por un lado y, por el otro, el carácter sumario del control automático se podría sostener que, en principio, no sería compatible la aplicación de medidas cautelares y, menos aún, la suspensión provisional, salvo que, a juicio del juez, el acto administrativo fuera ostensiblemente ilegal.

Finalmente, le serían aplicables a este mecanismo de control el régimen de los recursos respecto de las decisiones del juez, desde el momento inicial, cuando se avoca o no conocimiento, hasta el final de la actuación que terminaría con la adopción de la sentencia, que será de única instancia, así como también los recursos de aclaración o adición de la sentencia.

### ***3.3. Contenido y alcances del control de legalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado***

La razón de ser de este mecanismo de control es, precisamente, impedir que las autoridades puedan adoptar decisiones contrarias a derecho, prevaleciendo del régimen de excepción (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 9, Rad. 11001-0315-000-2020-00964-00(CA), 2020)<sup>36</sup>. En efecto, no se puede perder

---

<sup>36</sup> “Este control se orienta al propósito de evitar que las autoridades administrativas acaben amparándose en las normas excepcionales que conforman el régimen jurídico de la emergencia para adoptar decisiones contrarias a derecho, apartándose incluso de los fines y propósitos en que se sustenta la declaratoria del estado de excepción” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión Núm. 9, Rad. 11001-0315-000-2020-00964-00(CA), 2020).

de vista que la declaratoria de un estado de excepción no supone una derogatoria o suspensión en bloque del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la actividad de la administración sigue sometida al derecho. Así las cosas,

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión, Rad. 11001-03-15-000-2020-02866-00(CA), 2020).

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial” ...

La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción (arts. 241.7 y 215, parágrafo, CN). No es lo mismo confrontar una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones -como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el ordenamiento.

Por ello, lo decidido en el control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control automático. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto erga omnes -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud del control inmediato de legalidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión, Rad. 11001-03-15-000-2020-02866-00(CA), 2020).

## **Conclusiones**

El derecho de excepción en Colombia experimentó una transformación sustancial entre los regímenes contemplados en la Constitución de 1886 y la Carta Política de 1991. Este cambio no fue únicamente de

carácter formal, con el tránsito de la figura del estado de sitio al estado de excepción, sino que se materializó en una serie de garantías adicionales orientadas a limitar las facultades del ejecutivo en este tipo de escenarios. Así, en la actualidad existen mecanismos de orden político y jurídico que permiten asegurar el control sobre las decisiones del ejecutivo y conjurar escenarios de arbitrariedad y vulneración de derechos, posibilitando que las demás ramas del poder público ejerzan un contrapeso frente a las facultades ampliadas de las que este dispone en situaciones de anormalidad.

En paralelo al control que ejerce la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional en el marco de los estados de excepción, el legislador dispuso, mediante la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, que dicho control debía reflejarse igualmente en los actos administrativos expedidos por las autoridades territoriales y nacionales, radicando esta función en cabeza de los tribunales administrativos y en el Consejo de Estado. De este modo, el control de los estados de excepción trasciende los actos propios del Gobierno Nacional para comprender todos aquellos actos administrativos expedidos en estricto desarrollo de decretos legislativos durante la vigencia de dichos estados.

Este mecanismo, análogo al similar por el máximo tribunal constitucional, es de naturaleza automática, judicial y sumaria, y recae exclusivamente sobre actos administrativos de carácter general, cuyo análisis abarca tanto los aspectos de fondo como los de forma. Asimismo, resulta compatible con otro tipo de acciones, dado que la decisión adoptada por las autoridades jurisdiccionales en este marco hace tránsito a cosa juzgada relativa. Por último, este control garantiza la participación democrática de la ciudadanía al establecer instancias que permiten la intervención de los particulares en el desarrollo del mecanismo.

En definitiva, la regulación de los estados de excepción introducida por la Constitución de 1991 representa un avance significativo en la

consolidación del Estado constitucional de derecho. El tránsito hacia esta nueva Carta Política implicó una transformación de fondo orientada a garantizar los principios democráticos, el sistema de pesos y contrapesos y la protección efectiva de los derechos fundamentales durante escenarios de anormalidad. En esa línea, el establecimiento de un control jurídico que trasciende los actos propios del Gobierno Nacional para extenderse a los actos administrativos expedidos por autoridades territoriales y nacionales en desarrollo de decretos legislativos constituye una garantía adicional frente a eventuales excesos o arbitrariedades, asegurando así que la excepcionalidad sea ejercida dentro de los límites que impone el ordenamiento jurídico.

## **REFERENCIAS**

- Almanza, C. y Pérez, U. (2020). El control inmediato de legalidad en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, 12(24), 372-385. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2681>
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. (2011). [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)
- Congreso de la República de Colombia. (3 de junio de 1994). Ley Estatutaria de los Estados de Excepción en Colombia [Ley 137 de 1994]. DO: 41.379
- Consejo de Estado. (12 de marzo de 2019). Acuerdo 080. Reglamento Interno del Consejo de Estado. <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2023/Acuerdo%20080%20de%202019-%20Reglamento%20Consejo%20de%20Estado.pdf>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión. (10 de noviembre de 2021). Exp. 11001-03-15-000-2021-03459-00 [C.P.: Ibarra, S.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión Núm. 9. (27 de mayo de 2020). Rad. 11001-0315-000-2020-00964-00(CA)A [C.P.: Valbuena, G.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión. (18 de diciembre de 2020). Rad. 11001-03-15-000-2020-02866-00(CA) [C.P.: Sánchez, G.].
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 27. (30 de junio de 2020). Rad. 11001-03-15-000-2020-01202-00 [C.P.: Araújo, R.].

- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (11 de agosto de 2009). Rad. 200083111001-03-15-000-2009-00304-00 [C.P.: Jiménez, F.].
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (16 de junio de 2009). Rad. 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA) [C.P.: Gil, E.].
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (23 de noviembre de 2010). Rad. 11001-03-15-000-2010-00347-00 [C.P.: De Lafont Pianeta, R.].
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (3 de mayo de 1999). Exp. 1999-NCA011CA-011 [C.P.: Hoyos, R.].
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (9 de febrero de 1999). Rad. CA-008, Salvamento de voto [C.P.: Díaz, J.].
- Córdoba, P. y Ramírez, N. (2023). Lineamientos para la aplicación del control inmediato de legalidad en el contexto de estados de excepción. *Vniversitas Jurídica*, 72. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/37982>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (11 de septiembre de 2007). Sentencia C-270 [M.P.: Botero, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (13 de abril de 1994). Sentencia C-179 [M.P.: Gaviria, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (3 de septiembre de 2008). Sentencia C-857 [M.P.: Sierra, H.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (7 de mayo de 1992). Sentencia C-004 [M.P.: Cifuentes, E.].
- Cruz, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos.
- Despouy, L. (1999). *Los derechos humanos y los estados de excepción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- Denninger, E. (2001). Democracia militante y defensa de la Constitución. En E. Benda, W., Maihofer, H. Vogel, K. Hesse y W. Heyde (Coords.). *Manual de Derecho Constitucional* (pp. 445-485). Marcial Pons.
- Díaz, C. (2022). El “desarrollo de los decretos legislativos” como criterio para el control inmediato de legalidad de los actos administrativos generales y el mandato de su interpretación conforme con la tutela judicial efectiva. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 51(135), 467-488. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/7255>
- Gomes, J. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição [Derecho Constitucional y Teoría Constitucional]*. Coimbra Editoria Lda.
- Julio, A. (2003). *La rama ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, J. (1998). *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons.
- Restrepo, C. (1988). *El síndrome del presidencialismo colombiano: informe presentado al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Vanegas, P. (2003). Hacia un control político eficaz en la declaratoria de los estados de excepción. Memorias III Jornadas Derecho Constitucional Administrativo. En U. Amaya, J. C. Cárdenas, L. Álvarez y J. Iv. Cuervo. (Eds.). *III Jornadas de derecho constitucional y administrativo. Las reformas a la constitución política. El derecho administrativo de los servicios públicos* (pp. 221-253). Universidad Externado de Colombia.
- Vanegas, P. (2011). La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. *Revista Derecho del Estado*, (27), 261-290. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3020/2664>

## **Los desafíos del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

---

**Álvaro Alfonso Patiño Yepes**

### **Resumen**

Este artículo analiza la evolución y los desafíos del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde sus fundamentos teóricos en el monismo jurídico kelseniano hasta su consolidación jurisprudencial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH). A través de un enfoque comparado con experiencias europeas, se examina cómo este mecanismo obliga a las autoridades nacionales a garantizar la conformidad del derecho interno con la Convención Americana y otros instrumentos del corpus iuris interamericano.

Se identifican retos actuales como la falta de universalidad del sistema, la necesidad de delimitar con claridad el bloque de convencionalidad, su aplicación en contextos de justicia transicional y la legitimidad institucional de la Corte IDH. El texto propone fortalecer la eficacia del control de convencionalidad mediante reformas estructurales que aseguren una tutela judicial efectiva, integradora y adaptada a los nuevos escenarios jurídicos y sociales de la región.

**Palabras clave:** control de convencionalidad; Corte Interamericana; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; desafíos del control de convencionalidad.

### **Abstract**

This article examines the evolution and challenges of conventionality control within the Inter-American Human Rights System, from its

theoretical foundations in Kelsenian legal monism to its jurisprudential consolidation by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). Through a comparative approach with European experiences, the study analyzes how this mechanism compels national authorities to ensure the conformity of domestic law with the American Convention and other instruments of the Inter-American legal corpus.

Current challenges are identified, such as the lack of universality within the system, the need to clearly delineate the block of conventionality, its application in transitional justice contexts, and the institutional legitimacy of the IACHR. The text proposes strengthening the efficacy of conventionality control through structural reforms that ensure effective, inclusive, and context-adapted judicial protection to address the new legal and social scenarios of the region.

**Keywords:** conventionality control; Inter-American Court; Inter-American Human Rights System; challenges of conventionality control.

## **Introducción**

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha experimentado un notable proceso de evolución en su búsqueda por garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales en el hemisferio. Uno de los desarrollos más significativos dentro de él ha sido la consolidación del denominado “control de convencionalidad”, mecanismo mediante el cual las autoridades nacionales (especialmente las judiciales) deben verificar la conformidad de las normas y prácticas internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y otros instrumentos interamericanos, así como su jurisprudencia.

Este instrumento, formalmente introducido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Almonacid Arellano*

Vs. Chile, ha adquirido con el tiempo un carácter vinculante que obliga a los Estados bajo su jurisdicción a adaptar sus ordenamientos jurídicos, no solo en el ámbito normativo, sino también en las políticas públicas y en la actuación de sus autoridades. La construcción teórica del control de convencionalidad encuentra sus raíces en la concepción monista del derecho de Hans Kelsen, que reconoce la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, idea que ha sido clave para sustentar la supra legalidad de las obligaciones convencionales de los Estados.

Este artículo tiene por objeto analizar la evolución conceptual y jurisprudencial del control de convencionalidad en el ámbito interamericano, revisar experiencias comparadas en Europa que permiten contrastar sus formas de aplicación y plantear los principales desafíos contemporáneos que enfrenta su consolidación. Entre estos retos, se encuentran la necesidad de universalización del sistema, la definición clara del bloque de convencionalidad, su aplicación en contextos de justicia transicional y la reflexión sobre la legitimidad democrática del tribunal interamericano. Este escrito busca aportar al debate jurídico contemporáneo sobre el rol del derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas constitucionales latinoamericanos y sobre la forma en que la Corte IDH ha proyectado su función integradora en la región.

## **1. Un punto de partida: Kelsen y el derecho internacional**

Hans Kelsen, figura cimera del positivismo jurídico, abordó el Derecho Internacional desde los postulados de su Teoría Pura del Derecho, en obras como “Principios de Derecho Internacional Público” (1952), “La Paz por Medio del Derecho” (1944) y “Derecho de las Naciones Unidas” (1950).

En la teoría kelseniana, la unidad del orden jurídico es un principio fundamental, lo que implica la integración del derecho internacional y el derecho estatal en un sistema monista, donde el primero ostenta la

primacía sobre el segundo. Aquí vale la pena recordar que, en sus inicios, el pensamiento kelseniano abogaba por un monismo radical, donde las normas internas contrarias al derecho internacional son nulas de pleno derecho, mientras que, después de la década de los treinta, Kelsen modificó su posición para establecer un monismo moderado que implica, ya no una nulidad de pleno derecho ipso facto, sino que conservan su validez de manera provisional (Valencia Restrepo, 2008).

Kelsen (como se citó en Luzzatti, 1999) rechaza la noción de sistemas jurídicos separados, postulando que el derecho internacional y los derechos estatales son partes integrantes de un único ordenamiento jurídico universal. La validez del derecho estatal se deriva, en última instancia, del derecho internacional, lo que establece una jerarquía normativa clara. En este marco, los conflictos normativos aparentes entre el derecho internacional y el derecho estatal se disuelven, ya que ambos pertenecen a una estructura jerárquica unificada (Luzzatti, 1999). Ello lleva a considerar que la coexistencia de sistemas jurídicos independientes es lógicamente insostenible; así, el pluralismo jurídico, según su visión, obstaculiza la coordinación entre los órdenes jurídicos y debilita la autoridad del derecho internacional (Villar Borda, 2006).

En cuanto al tema de la soberanía, Kelsen (como se citó en Villar Borda, 2006) consideró que no puede examinarse como un concepto absoluto o material, sino que debe hacerse desde una perspectiva cuantitativa. De hecho, para él, la concepción de soberanía durante el siglo XIX y las primeras décadas del XX, era el gran obstáculo para el desarrollo del derecho internacional y que impedía la construcción de la llamada “comunidad de naciones” o *civitas maxima* en igualdad de condiciones para todos, lo que contrastaba con la tradicional idea de soberanía estatal sin limitaciones impuestas por el derecho internacional (Villar Borda, 2006).

Como lo señala Luzzatti (1999) en la primera versión de la “Teoría del Derecho” (1934), Kelsen sostenía una posición más agresiva en relación

con la soberanía y el cómo la primacía del derecho internacional busca remover los obstáculos de la centralización progresiva de él. Sin embargo, tras la revisión de la obra en 1960, Kelsen adopta una postura más cauta, señalando que la cuestión de hasta dónde un Estado debe limitar su libertad mediante tratados internacionales es un asunto político, no derivable de la primacía de un ordenamiento sobre otro.

En resumen, Kelsen despoja a la soberanía de su significado tradicional de poder fáctico y la redefine como un concepto fundamental dentro de su teoría pura del derecho, estrechamente vinculada a la noción de la norma fundamental y a su postura monista en relación con el derecho internacional. Su crítica al dogma de la soberanía estatal se inscribe en su defensa de un ordenamiento jurídico universal con la primacía del derecho internacional.

## 2. La experiencia del control de convencionalidad en Europa

Con acierto, Perrotti Pinciroli (2024) expresa que

Si bien existen algunos debates sobre el origen del control de constitucionalidad-en tanto cierta doctrina sostiene que deriva del derecho francés y que no es una novedad americana-, resulta hoy indiscutible que el mérito exclusivo por la relevancia global de esta doctrina es solo de la Corte IDH (p. 3).

Ello no obsta para reconocer la experiencia francesa, en cabeza de su Consejo Constitucional, el cual, desde 1975, en una decisión sobre la ley de interrupción voluntaria del embarazo, interpretando el artículo 55 de la Constitución de 1958<sup>37</sup>, negó que una ley contraria a un tratado interna-

---

<sup>37</sup> “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte” (Constitución de la República Francesa, 1958, Art. 55).

cional fuera inconstitucional, estableciendo que el respeto a los tratados es una cuestión de legalidad ordinaria. Por ello es que los tribunales ordinarios franceses (Corte de Casación y Consejo de Estado) desarrollaron un control de convencionalidad consistente en inaplicar leyes que contravienen tratados internacionales, a manera de control de constitucionalidad por vía de excepción (Diez-Picazo Giménez, 2023).

En lo que se refiere a Italia, desde 2007, su Corte Constitucional consideró que el Convenio Europeo de Derechos Humanos podía ser utilizado como un parámetro para ejercer el control constitucional a su cargo, considerándolo como una “norma interpuesta” (nuestra noción de bloque de constitucionalidad). Así, se reconoció la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes nacionales por contrariar obligaciones convencionales, en un modelo concentrado de control constitucional<sup>38</sup> (Diez-Picazo Giménez, 2023).

Por su parte, España, a través de su Tribunal Constitucional, desde el 2018 ha utilizado el término de “control de convencionalidad”. A partir del artículo 96.1<sup>39</sup> de su Constitución, el Tribunal llegó a la conclusión de que una posible contradicción de una ley con un tratado internacional del cual España es parte, es un problema de mera aplicación de la ley y no de su constitucionalidad (Constitución del Reino de España, 1978, art. 96.1);

---

<sup>38</sup> El fundamento constitucional para tal decisión corresponde al inciso 1 del artículo 117 de la Constitución italiana de 1949 (reformado en el 2001) que en lo pertinente indica: “El poder legislativo es ejercido por el estado y por las Regiones dentro de los términos establecidos por la Constitución y en cumplimiento de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales” (Constitución de la República Italiana, 1947, art. 117, inc. 1).

<sup>39</sup> “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional” (Constitución del Reino de España, 1978, Art. 96.1).

así las cosas, les corresponde a los tribunales ordinarios decidir si existe una contradicción entre una norma legal y una norma convencional y, si la hay, aplicar esta última en el caso concreto.

Sin embargo, el caso español presenta un problema en relación con el artículo 10.2 de la Constitución, el cual establece que:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (Constitución del Reino de España, 1978, Art. 96.1).

En este evento, la doctrina española reconoce dos posibilidades, a saber: (i) si existe una contradicción entre la ley y un derecho humano reconocido en un tratado, pero que tiene su equivalente en la Constitución, se da un problema de constitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional que no puede ser resuelto por el camino de la inaplicación por parte de los tribunales ordinarios; (ii) si tal contradicción se da frente a un derecho humano reconocido en tratados que no tienen un equivalente específico en la Constitución, seguiría la vía utilizada a partir del artículo 96.1 constitucional: la inaplicación de la ley nacional contradictoria (Diez-Picazo Giménez, 2023).

Para el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se debe decir que este no impone actualmente un control de convencionalidad a los Estados miembros del Consejo de Europa de la misma manera que lo hace la Corte IDH. El TEDH no tiene la vocación de fijar estándares jurisprudenciales rígidos con el objetivo de que los Estados los implementen a través de sus órganos internos; más bien, lo que busca es lograr una armonización indirecta al establecer un estándar mínimo de protección,

confiando en que los Estados interpreten y apliquen los derechos humanos a la luz de su jurisprudencia, especialmente a través de los tribunales nacionales. Tales ideas se sustentan en el principio de margen de apreciación, muy propio del sistema europeo, que otorga mayor flexibilidad a los Estados para determinar la extensión y el significado de los derechos en el caso concreto y que permite al TEDH evitar pronunciamientos categóricos sobre temas controvertidos (Perrotti Pincioli, 2024).

En el ámbito de la Unión Europea, no es frecuente la utilización del término de “control de convencionalidad” pese a existir mecanismos y principios cuyo objetivo es lograr la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados miembros. Pese a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no ejerce competencia exclusiva sobre la protección de derechos humanos como tal, su labor implica la resolución de litigios que involucran derechos fundamentales de los ciudadanos europeos.

A partir del artículo 55.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>40</sup>, el TJUE (como se citó en Ramos Zantalla, 2021) ha establecido que, cuando una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el juez nacional “debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación” (p. 93) de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza dicho tribunal, obligación que no solo recae sobre el aparato jurisdiccional nacional sino en todo el aparato estatal del Estado miembro.

---

<sup>40</sup> “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias” (Parlamento Europeo, Consejo Europeo, Comisión Europea, 2000, art. 51).

El TJUE utiliza, entonces, el principio de primacía del derecho comunitario, a partir del cual los jueces nacionales de los Estados miembros tienen la obligación de aplicar el derecho de la Unión Europea, dejando sin aplicación toda disposición contraria de la legislación nacional, independientemente de si esta es anterior o posterior a la norma del Derecho de la Unión Europea y haciéndolo ex officio (Ramos Zantalla, 2021). Fernández Segado y Ruiz Morales (como se citó en Ramos Zantalla, 2021) a partir de lo anterior consideran la existencia de lo que ellos llaman “control de comunitariedad”, donde el juez doméstico se convierte en protagonista del control de la normatividad interna del Estado miembro bajo el parámetro del derecho de la Unión Europea.

### **3. La evolución del control de convencionalidad en la Corte IDH**

Toda la literatura especializada (Quinche Ramírez, 2017; Ramos Zantalla, 2021; Garcés Ramírez, 2023; Perrotti Pinciroli, 2024) está de acuerdo en que el concepto de “control de convencionalidad” fue presentado por la Corte IDH por primera vez en el caso *Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile* (Corte IDH, 2006a)<sup>41</sup>.

Sin embargo, es dable decir que, desde sus inicios, la Corte IDH ha realizado un control de convencionalidad al confrontar prácticas estatales (tomadas en su sentido más amplio) con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tal y como lo hace cualquier tribunal supraestatal e, incluso, organismos internacionales creados para la garantizar el cumplimiento de un determinado tratado internacional.

---

<sup>41</sup> Sin embargo, es de anotar que “el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos *Myrna Mack* y *Tibi*, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en *Almonacid Arellano* la Corte precisa sus principales elementos” (Corte IDH, 2021, p. 5). García Ramírez no menciona el término “control de convencionalidad” en sus votos.

Ahora bien, Quinche Ramírez (2017) se refiere a tres etapas de la evaluación del control de convencionalidad en la Corte IDH: una primera, que va desde su primera sentencia (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras del 29 de julio de 1988) hasta el año 2006. En este periodo, la responsabilidad internacional de los Estados se daba a partir de la idea de una violación, *per se*, de la Convención.

Quinche Ramírez (2017) especifica que, en este periodo, por primera vez la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado (en este caso, Ecuador) por la expedición de una norma (Código Penal) contrario a la CADH<sup>42</sup>. En esta misma línea de violación *per se* de la CADH, se halla el caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú (Corte IDH, 1999), donde, igualmente, se declararon contrarias a la Convención Americana ciertas normas producidas bajo un estado de excepción<sup>43</sup> y concluye con la declaratoria de invalidez del juicio llevado a cabo con fundamento en dichas normas y la reapertura de uno nuevo con las plenas garantías procesales. También está el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, donde se ordenó al Estado la modificación de “su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” (Corte IDH, 2001, orden 4). En el caso Barrios Altos Vs. Perú, igual suerte corrieron dos leyes que propiciaron la amnistía de

---

<sup>42</sup> Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de fondo de 12 de noviembre de 1997. En su quinto punto resolutivo establece: “Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma” (Corte IDH, 1991).

<sup>43</sup> “Por otro lado, la Corte declara que las disposiciones contenidas en la legislación de emergencia adoptada por el Estado para hacer frente al fenómeno del terrorismo, y en particular los Decretos - Leyes Nos. 25.475 y 25.659, aplicados a las víctimas en el presente caso, infringen el artículo 2 de la Convención, por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos consagrados en la misma y así lo declara la Corte” (Corte IDH, 1999, párr. 207).

*iure* de militares peruanos por la masacre en barrios Altos, decisión que sentó jurisprudencia interamericana frente al tema<sup>44</sup>.

Por otro lado, se encuentra la decisión en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, donde la violación *per se* de la Convención ya no se predica de normas de carácter legal, sino de políticas públicas inexistentes, que permitieron prácticas estatales contrarias a los derechos de los menores<sup>45</sup>.

La segunda etapa inicia con la sentencia del caso Almonacid Arellano contra Chile (Corte IDH, 2006a), donde, como ya se expresó, se utiliza por primera vez la expresión “control de convencionalidad<sup>46</sup>” y termina en el año 2013. En este periodo, la Corte IDH caracteriza dicho control, estableciendo la obligación que tienen todas las autoridades estatales de hacerlo a partir de la CADH; además, explícitamente da órdenes a los Estados sobre la forma de cómo garantizar tal control de convencionalidad.

En este orden de ideas, es importante traer a colación la sentencia de fondo en el caso “La Cantuta” Vs. Perú donde, por una parte, en su párrafo 173 referencia a la sentencia del caso Almonacid Arellano contra

---

<sup>44</sup> En la decisión 4, la Corte IDH estableció: “Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos” (Corte IDH, 2001a, decisión 4). En sentencia interpretativa posterior, el tribunal interamericano extendió los efectos de la decisión de fondo con carácter general (Corte IDH, 2001b).

<sup>45</sup> La decisión 11 de la Corte IDH fue “el Estado debe realizar, en consulta con la sociedad civil, en el plazo de seis meses, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de declaración que contenga la elaboración de una política de Estado de corto, mediano y largo plazo en materia de niños en conflicto con la ley que sea plenamente consistente con los compromisos internacionales del Paraguay” (Corte IDH, 2004, decisión 4).

<sup>46</sup> “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, 2006a, párr. 124).

Chile en lo atinente al control de convencionalidad; y, por el otro, recuerda la incompatibilidad con la CADH de normas sobre amnistía, indultos o perdones iniciada en el caso *Barrios Altos vs. Perú*<sup>47</sup> (Corte IDH, 2006b).

Igualmente, se destaca la sentencia en el caso *Radilla Pacheco Vs. México*, en donde su párrafo 339, de nuevo, recapitula la jurisprudencia interamericana en materia de control de convencionalidad, referenciando los casos *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, “*La Cantuta*” *Vs. Perú*, *Boyce y otros Vs. Barbados*; adicionalmente a ello, la Corte IDH hace tal control con una norma diferente a la Convención Americana (Corte IDH, 2009):

El Estado incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, en los términos de los párrafos 315 a 324 de la presente Sentencia (Corte IDH, 2009, orden 6)<sup>48</sup>.

Quinche Ramírez (2017) refiere que, con respecto a lo decidido en el caso *Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró la necesidad de hacer un control difuso de convencionalidad, en la medida en que los jueces deben interpretar y

---

<sup>47</sup> En la declaración 7 de la sentencia en comento, se expresó: “El Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno a fin de adecuar la normativa interna a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 4, 5, 7, 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado, durante el período en que las “leyes” de amnistía No. 26.479 de 14 de junio de 1995 y No. 26.492 de 28 de junio de 1995 fueron aplicadas en el presente caso” (Corte IDH, 2006b, declaración 7).

<sup>48</sup> Frente a esta decisión, la orden de la Corte IDH fue: “El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 343 a 344 de la presente Sentencia” (Corte IDH, 2009, disposición 9).

aplicar, tanto la Constitución mexicana, como los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Siguiendo esta misma línea, se halla el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* donde, por un lado, se amplía la base normativa del control de convencionalidad a la Convención Interamericana contra la Tortura; y, por el otro, el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor presenta una dogmática interamericana más decantada sobre el control de convencionalidad (Corte IDH, 2010).

En el primer escenario, en el párrafo 225 la sentencia transcribe lo ya expresado en sentencias previas sobre el control de convencionalidad y referencia, a su vez, a *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia* (Corte IDH, 2010). Así mismo, la Corte IDH (2010) presenta ejemplos de cómo tribunales de cierre de la región han acogido su interpretación sobre el control de convencionalidad: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Tribunal Constitucional de Bolivia, Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y Corte Constitucional de Colombia.

Ya frente al caso concreto, recuerda los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, todos contra México, para concluir que

... es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso (Corte IDH, 2010, párr. 223)<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> La orden que dio la Corte IDH al respecto fue: "El Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código

En cuanto a la segunda cuestión, el voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor aborda los siguientes temas: (i) No se debe confundir el concepto de cuarta instancia con el de control de convencionalidad; en este, y en algunos casos específicos, se atribuye al tribunal interamericano la revisión de decisiones judiciales domésticas, incluyendo el ejercicio correcto del control de convencionalidad en ellas, pero el análisis se circunscribe a la compatibilidad de lo realizado en el Estado con la base jurídica propia del control de convencionalidad interamericano (Corte IDH, 2010).

(ii) Establece hasta el 2010 las decisiones en las cuales la Corte IDH había abordado el concepto de control de convencionalidad, para inter alia (iii) concluir que la jurisprudencia interamericana había avanzado hacia una ampliación de su ámbito de aplicación: de los jueces domésticos a todos los órganos con funciones judiciales de un Estado parte (Corte IDH, 2010).

Así mismo, presenta (iv) una caracterización del llamado control de convencionalidad difuso, el cual “convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad” (Corte IDH, 2010, voto razonado, párr. 24); y

(v) del llamado por el juez Ferrer Mac-Gregor “diálogo jurisprudencial”, es decir, el que se da entre la Corte IDH y las altas cortes de los Estados bajo jurisdicción de aquella (Corte IDH, 2010).

---

de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 206 de la presente Sentencia” (Corte IDH, 2010, disposición 15).

En otro ámbito, (vi) se presenta una precisión sobre el control de convencionalidad planteado en *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* y que corresponde a que debe hacerse de oficio<sup>50</sup>, es decir sin importar si las partes lo han alegado; y se habla de un “bloque de convencionalidad” el cual “no sólo comprende la Convención Americana, sino también los “Protocolos” adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al corpus juris interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH” (Corte IDH, 2010, voto razonado, párr. 47).

Finalmente, (vii) se hace una fundamentación del control de convencionalidad desde la misma CADH y desde la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Aquí se hace alusión a principios propios del derecho internacional, como lo son el de *pacta sunt servanda*, buena fe, y efecto útil de los tratados, pasando por los artículos 1, 2, 29 y 68.1. de la CADH (Corte IDH, 2010).

En cuanto a la tercera etapa, que es la actual, la Corte IDH sigue ejerciendo el control de convencionalidad, pero ahora difiere a los tribunales estatales la forma de materializarlo, en aras de lograr un diálogo judicial. En este periodo, el tribunal interamericano muy pocas veces se refiere explícitamente al control de convencionalidad; así *v.gr.*, en el caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*, en su párrafo 221 reitera la idea de control de convencionalidad presentada en casos anteriores y ordena el ajuste del marco legal argentino a los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil, más el diseño e implementación de políticas públicas para la prevención de la delincuencia juvenil (Corte IDH, 2013).

Por su parte, la Opinión Consultiva OC-21 de 2014 incluyó en la base jurídica para realizar el control de convencionalidad las decisiones no contenciosas de la Corte IDH ya que ella “innegablemente comparte con

---

<sup>50</sup> Esta precisión, según el voto razonado, se dio en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú* del 24 de noviembre de 2006 (Corte IDH, 2010).

su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (Corte IDH, 2014, párr. 31). Y en el caso *Tenorio Roca y otros Vs. Perú*, la Corte IDH determinó la existencia del incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno al tenerse una inadecuada tipificación del delito de desaparición forzada en el Código Penal peruano (Corte IDH, 2016)<sup>51</sup>.

Aquí es menester mencionar el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, donde la Corte IDH ordenó la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico bajo los siguientes parámetros: (i) las normas que limiten el ejercicio de los derechos políticos deben ajustarse a lo previsto en el artículo 23.2 de la CADH, para lo que el Estado parte debe hacer un control de convencionalidad; (ii) las facultades constitucionales de la Procuraduría General de la Nación pueden ser interpretadas de tal forma que respondan al contenido de la Convención Americana; (iii) en cambio la potestad sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación, contenida en el régimen disciplinario, que implica inhabilidad o destitución de un funcionario público democráticamente electo es contraria al artículo 23.2 de la CADH, por no devenir de un juez penal. (iv) Lo mismo se puede predicar de la sanción inhabilitante producida en juicio fiscal por la Contraloría General de la Nación y (v) del tipo penal de elección ilícita de candidatos (Corte IDH, 2020).

Finalmente, se presenta el caso *Tzompaxtle Tecpile y Otros Vs. México*, donde se controvirtieron normas penales sobre la detención preventiva, tanto federales como estatales, que resultaron ser contrarias al estándar interamericano decantado por la jurisprudencia interamericana (Corte IDH, 2022). La orden giró en torno a la adecuación del ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva acorde a dicho estándar:

---

<sup>51</sup> En la decisión 14 la Corte IDH manifestó: “El Estado debe reformar, a la mayor brevedad, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con la tipificación de acuerdo a los parámetros internacionales en materia de desaparición forzada de personas, de conformidad con lo establecido en los párrafos 303 a 304 de la presente Sentencia” (Corte IDH, 2016, decisión 14).

Para tales efectos, el Estado deberá tomar en consideración lo indicado en los párrafos 96 a 114 de la presente Sentencia en donde se establecen los requisitos que deben cumplir las medidas de esa naturaleza para que sean conformes con el referido tratado (Corte IDH, 2022, párr., 227).

#### **4. El concepto y características del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH**

Inicialmente, se puede decir que el control de convencionalidad es una

... herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia (Corte IDH, 2021, p. 3).

De manera interesante, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023) define este control de la siguiente manera:

Doctrina que establece una obligación internacional a cargo de las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el corpus iuris interamericano (párr. 1).

Por su parte, García Ramírez (2011) indica que el control de convencionalidad no es más que la aplicación de un orden supranacional, relacionado con derechos y libertades, asignación de responsabilidades y de consecuencias jurídicas, y que permite una congruencia de estos asuntos con el orden doméstico estatal. “Así las cosas, el control de convencionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza” (García Ramírez, 2011, p. 128).

Como se puede examinar, este control es una herramienta para hacer operativas en el ámbito doméstico las obligaciones emanadas, inicialmente, de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH y se caracteriza por:

(i) Verificar la compatibilidad de (a) normas estatales, (b) políticas públicas y (c) prácticas domésticas con lo que se ha venido a llamar bloque de convencionalidad; (ii) ser realizada oficiosamente por toda autoridad pública estatal, (iii) en el marco de sus propias competencias lo que deviene en (a) la nulidad o inaplicación de normas contrarias a la CADH o (b) su interpretación forme a ella; y (iv) estar fundamentada en (a) algunos principios del derecho internacional público como lo son el *pacta sunt servanda*, buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, la prohibición de alegar el derecho interno para el incumplimiento de un tratado o el del efecto útil de los mismos y (b) en las obligaciones derivadas de la Convención Americana hacia los estados parte de ella (Corte IDH, 2021).

Así las cosas, la doctrina considera la existencia de un control convencional de carácter concentrado y otro considerado como difuso. El concentrado se materializa cuando la Corte Interamericana se pronuncia en sede contenciosa o consultiva; por su parte, el control de convencionalidad difuso, es aquel que está a cargo de las diferentes autoridades, ya sean administrativas o judiciales, cuando aplican la Convención Americana o, en términos más amplios, el bloque de convencionalidad.

Esta idea de la existencia de un bloque de convencionalidad se deriva de la ampliación de los parámetros jurídicos para realizar el control de convencionalidad. Inicialmente, este se enmarcó en la CADH que dio origen a la misma Corte IDH para, posteriormente, ampliarse a otros tratados y protocolos interamericanos en materia de derechos humanos, así como a la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana, bajo el entendido que este tribunal es el auténtico interprete de la CADH y demás *corpus iuris* interamericano a su cargo.

## 5. Los desafíos que presenta el control de convencionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) de cara al futuro

Ha sido tal la importancia del concepto de control de convencionalidad construido por la Corte IDH que ha sido acogido por el TEDH, así como por tribunales y jueces, tanto en el ámbito interamericano, como en el europeo. Su construcción y evolución ha sido la respuesta a los diferentes escenarios por los cuales la región ha pasado, por lo cual no se puede decir que este proceso haya terminado.

Así las cosas, se presentan algunos desafíos que el control de convencionalidad del SIDH deberá prepararse para afrontar las nuevas realidades.

### ***5.1. El control de convencionalidad del SIDH debe ser realmente Interamericano***

Este reto, al igual que muchos más, está asociado al mismo sistema. Como se sabe, el SIDH tiene como su eje político y constitutivo la Organización de Estados Americanos (OEA), en cuyo seno se gestó la CADH y demás tratados interamericanos de derechos humanos.

En la actualidad, son Estados miembros de la OEA 34: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay<sup>52</sup> (OEA, 2025).

---

<sup>52</sup> Cabe destacar que Cuba fue excluida en 1962, pero la resolución se anuló en 2009, pese a lo cual no se ha reincorporado; Nicaragua, por su parte, anunció su retiro en 2021 y completó el proceso en 2023, mientras que Venezuela se retiró formalmente en 2019, pero su membresía plena terminó en 2023.

De estos, no todos son parte de la CADH, ya que, a la fecha, solo son 23: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay (Wikipedia, 2025); a los cuales se les debió sumar inicialmente Trinidad y Tobago, que denunció la CADH en 1998, y Venezuela, que lo hizo en 2012.

Y de estos, solo 20 están bajo la tutela jurisdiccional de la Corte Interamericana: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay (Corte IDH, 2018).

Como se puede ver, el SIDH debería estar formado por todos los Estados parte de la OEA (34 en total) pero solo 23 de ellos ratificaron la CADH, de los cuales solo 20 admiten la jurisdicción de la Corte IDH. Piénsese, por ejemplo, que, en el ámbito del Sistema Europeo de Derechos Humanos, todos los Estados parte del Consejo de Europa están bajo la jurisdicción del TEDH (46 Estados).

En términos porcentuales, se puede decir que 58% de los Estados de la OEA (20/34) aceptan la jurisdicción de la Corte IDH, frente al 100% en el Sistema Europeo. Así mismo, en el Interamericano, hay ausencias notables, como la de Estados Unidos y Canadá, mientras que en Europa solo falta Rusia, tras su salida del Consejo de Europa por su expulsión en el 2022, motivada por la guerra en Ucrania.

**Tabla 1***Sistema Interamericano (SIDH) Vs. Sistema Europeo (TEDH)*

| <i>Categoría</i>                               | <i>Sistema Interamericano (SIDH)</i>                                                      | <i>Sistema Europeo (TEDH)</i>                                                          |
|------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Organización</i>                            | Organización de Estados Americanos (OEA) – 34 Estados parte.                              | Consejo de Europa – 46 Estados miembros.                                               |
| <i>Tratado principal</i>                       | Convención Americana – 23 Estados parte.                                                  | Convenio Europeo de DDHH – Todos los miembros del Consejo de Europa (46) lo ratifican. |
| <i>Jurisdicción</i>                            | 20 Estados aceptan la competencia contenciosa de la Corte IDH.                            | 46 Estados bajo jurisdicción plena del TEDH (excepto Rusia, expulsada en 2022).        |
| <i>Estados no incluidos en la jurisdicción</i> | OEA no ratifican CADH (11): Canadá, EEUU, Cuba, Belice, Guyana, Trinidad y Tobago (1998). | No aplica: todos los miembros del Consejo de Europa están bajo el TEDH.                |
|                                                | Denunciaron CADH (2): Venezuela (2012), Trinidad y Tobago, etc.                           | Excepción: Rusia fue expulsada en 2022.                                                |
| <i>Cobertura de la protección judicial</i>     | Fragmentada: solo 20/34 Estados de la OEA aceptan tribunales.                             | Universal: 46/46 Estados bajo jurisdicción plena.                                      |

Como se puede apreciar, si el control de convencionalidad quiere ser una verdadera herramienta para garantizar los derechos humanos en el SIDH, es menester que se convierta en realmente interamericano, ampliando la base de los Estados parte de la CADH, amén de otros instrumentos, pero con la obligatoriedad de la jurisdicción de su corte. El primer aspecto debe ser promovido por la misma OEA, mientras que el segundo requeriría una reforma convencional a la cual, muy seguramente, los Estados no secundarán.

## **6. Definición explícita del contenido del bloque de convencionalidad**

Como se advirtió *ut supra*, la base jurídica sobre la que opera el control de convencionalidad estaría conformada por (i) la CADH, (ii) otros tratados y protocolos interamericanos en materia de derechos humanos, y (iii) la jurisprudencia de la Corte IDH. Sobre la CADH y la jurisprudencia del sistema, se puede predicar una relativa unanimidad.

Sin embargo, es sobre los otros instrumentos donde se debe hacer mayor puntualización. Existen algunos que, de manera directa, se refieren a que será la Corte IDH la encargada de declarar la responsabilidad internacional del Estado ante su violación, como es el caso de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas o el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>53</sup> o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer<sup>54</sup>.

Una cuestión es que la Corte IDH vincule un derecho protegido por la CADH con una obligación específica de un tratado interamericano sobre

---

<sup>53</sup> Pero esta competencia jurisdiccional solo está dada para los derechos consagrados en el párrafo a) del artículo 8 (derecho a sindicación) y en el artículo 13 (derecho a la educación) del protocolo.

<sup>54</sup> Ello tras la interpretación que hizo la Corte IDH en el caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México: “En suma, parece claro que el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará concede competencia a la Corte, al no exceptuar de su aplicación ninguna de las normas y requisitos de procedimiento para las comunicaciones individuales” “A partir de una interpretación sistemática, nada en el artículo 12 apunta hacia la posibilidad de que la Comisión Interamericana aplique el artículo 51 de la Convención Americana de manera fragmentada. Es cierto que la Comisión Interamericana puede decidir no enviar un caso a la Corte, pero ninguna norma de la Convención Americana ni el artículo 12 de la Convención Belém do Pará prohíben que un caso sea transmitido al Tribunal, si la Comisión así lo decide. El artículo 51 es claro en este punto” (Corte IDH, 2009, párr. 41 y 54).

derechos humanos y otra muy distinta que aquella sea competente para declarar la responsabilidad del Estado por la vulneración específica de dicho tratado. Así las cosas, es menester tener claridad sobre lo que significa el *corpus iuris* interamericano, el cual está conformado por una serie de tratados (muchos de ellos anteriores a la misma OEA, así como al derecho consuetudinario interamericano) y el bloque de convencionalidad interamericano.

### **6.1. Ampliación de la competencia jurisdiccional sobre el Protocolo de San Salvador**

La Convención Americana despacha el tema de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>55</sup> tan solo en el artículo 26. Por ello, se elaboró el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, este instrumento solo permite el pronunciamiento de la Corte IDH con respecto al derecho de sindicación (literal a del artículo 8) y a la educación (artículo 13) (OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1988).

En la actualidad, está fuera de duda que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales son derechos humanos y que son justiciables. Es por ello que es necesario para el mejoramiento de la protección que brinda el control de convencionalidad, ampliar la tutela judicial efectiva de la Corte IDH hacia todos los derechos protegidos en tal instrumento.

Ello implicaría, necesariamente, una reforma al protocolo de San Salvador, lo cual puede ser difícil de lograr o seguir manejando la tesis de la conexidad entre ella y la vulneración de derechos protegidos por la CADH que, aunque pragmática, resulta atrasada frente a la actual situación de la dogmática de los derechos humanos.

---

<sup>55</sup> En la actualidad, la doctrina lo ha ampliado a ambientales.

## **6.2. La posibilidad de más escenarios de justicia transicional en la región**

Como bien se sabe, Colombia es el caso paradigmático de justicia transicional tras la implementación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, donde sobresale la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Eventualmente, y tras la experiencia de Colombia, Venezuela, Nicaragua y El Salvador pueden transitar hacia modelos similares en el futuro inmediato. De allí se desprende un reto para analizar las tensiones entre las lógicas de la justicia transicional y los estándares del SIDH.

En contextos de conflicto armado o regímenes autoritarios, las negociaciones políticas para la transición suelen implicar la concesión de ciertas formas de mecanismos de justicia alternativa que deben equilibrarse con los derechos de las víctimas. Generalmente, un punto de partida es el reconocimiento de la imposibilidad práctica de procesar, juzgar y sancionar a la totalidad de los perpetradores de las graves violaciones, lo que inevitablemente lleva a la priorización de ciertos casos, considerados emblemáticos o representativos de las violaciones más graves o sistemáticas.

Surge aquí varios interrogantes para el SIDH y, por ende, para la aplicación del control de convencionalidad: ¿Cómo evaluar una negociación política, supuestamente legítima y legal, desde el plano nacional e internacional con los estándares interamericanos? ¿Cómo se concilia la selectividad de la justicia transicional con el derecho de acceder al SIDH?

Tal vez, el principio de margen de apreciación utilizado por el TEDH sea una posible respuesta, pero necesita mayor reflexión teórica; por tanto, el SIDH enfrenta un dilema estructural: si es demasiado estricto, puede obstaculizar procesos de paz o, si es demasiado flexible, desconocería el acceso a la justicia interamericana.

### **6.3. La legitimidad de la Corte IDH para ejercer el control de convencionalidad en el SIDH**

Existen varios elementos del diseño institucional de la Corte IDH que pueden suscitar interrogantes sobre su legitimidad democrática para ejercer un control de convencionalidad en los Estados parte:

Al ser un tribunal no permanente, implica que su dedicación es parcial, lo que, en cierta forma, limita su capacidad para abordar todos los asuntos que llegan o deberían llegar a él. Ahora bien, la Corte IDH se compone de solo siete jueces<sup>56</sup>, un número reducido si se piensa en los 20 Estados que han admitido su competencia jurisdiccional o los 46 del TEDH (uno por cada Estado). Ellos no son designados como representantes de sus países de origen, lo que implica una ausencia de representación estatal directa en el seno del tribunal y ni siquiera de la ciudadanía de cada Estado, pues actúan a título personal. Esta característica, si bien esencial para garantizar su imparcialidad, puede ser reprochada desde el principio democrático o de participación.

Este debate debe ser pensado desde la perspectiva de los tribunales constitucionales y los reparos que se le hacen a su actuar, como es el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes aprobadas por los parlamentos o congresos por cuestiones de forma, donde se supone que aquellos encarnan la representación popular. En este escenario, se argumenta que la revisión judicial de la legislación, ejercida por jueces no electos directamente, puede tensionar el principio de soberanía popular y la separación de poderes.

Si esta tensión ha sido objeto de debate en el ámbito interno de los Estados, donde los tribunales constitucionales operan dentro de un marco

---

<sup>56</sup> Cabe resaltar que, cuando no hay un juez de la nacionalidad del caso presentado ante la Corte IDH, se nombra un juez ad hoc de dicha nacionalidad.

constitucional y legal específico, con mecanismos de designación y rendición de cuentas (aunque imperfectos), la cuestión de la legitimidad se intensifica en el contexto de un tribunal internacional como la Corte IDH.

Así las cosas, la Corte IDH deberá, a futuro, responder interrogantes relacionados con (i) la ausencia de un mandato democrático directo, (ii) el riesgo del activismo judicial que desborde los instrumentos convencionales, (iii) la falta de representatividad cultural y probablemente jurídica en el tribunal y (iv) sobre los mecanismos de rendición de cuentas hacia los ciudadanos.

#### ***6.4. El control de convencionalidad como obligación convencional autónoma***

Como se ha determinado hasta aquí, el control de convencionalidad se ha erigido como un mecanismo fundamental para la efectividad del sistema regional de protección de los derechos humanos. En este sentido, la falta de un control de convencionalidad adecuado por parte de las autoridades de un Estado, en especial por los operadores judiciales, se vincularía como una violación a los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial efectiva) de la CADH (OEA, CADH,1969), lo que llevaría a la conclusión de que se trata de una violación autónoma de aquella.

Tal omisión implica el incumplimiento de una obligación positiva de los Estados parte del SIDH, ya que estos deben asegurarse que sus ordenamientos jurídicos y sus prácticas se ajusten al bloque de convencionalidad. La omisión de este control representa un incumplimiento de esta obligación.

Así mismo, esta omisión se vincula con la vulneración al debido proceso por cuanto, si se aplican normas internas sin verificar su convencionalidad, se puede estar privando a las partes de un proceso justo en el cual las normas aplicadas respeten los estándares convencionales

de protección de los derechos. En esta misma línea, la falta de un control de convencionalidad efectivo puede conducir a que los recursos judiciales internos se basen en normas o interpretaciones contrarias al bloque de convencionalidad o que no se puedan activar en menoscabo de las partes.

Frente a estas consideraciones, los retos que enfrenta el SIDH serían: (i) clarificar la existencia o no de tal obligación autónoma; (ii) proporcionar unas reglas para que tanto los órganos del sistema como las autoridades estatales puedan evaluar si hay o no la omisión del control de convencionalidad; y (iii) examinar el régimen de reparaciones más allá de las ordenes de adecuaciones normativas y de prácticas estatales.

### ***6.5. La eficacia del control de convencionalidad en el SIDH: hacia una tutela judicial efectiva fortalecida***

El control de convencionalidad actúa como un mecanismo de protección multinivel, donde el ámbito nacional tiene la primacía, pero el SIDH interviene cuando las garantías internas resultan insuficientes o inadecuadas. Sin embargo, la eficacia del sistema se ve condicionada por el diseño institucional de sus creadores, como es el caso del principio de subsidiariedad, por el cual el SIDH solo puede intervenir cuando los recursos internos de los Estados parte han sido agotados y han resultado ineficaces para remediar la alegada violación de derechos humanos. Esto implica que la protección de los derechos y la aplicación del control de convencionalidad recaen primariamente en las autoridades nacionales. La falta de un ejercicio robusto del control de convencionalidad a nivel interno puede dilatar o impedir el acceso a la justicia a nivel interamericano.

Adicionalmente, el sistema es selectivo, lo que implica que no todas las peticiones individuales que alegan violaciones de derechos humanos y falta de control de convencionalidad pueden ser admitidas y resueltas. Esta selectividad puede generar una sensación de desprotección en aquellos ciudadanos cuyos casos no son considerados prioritarios.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte IDH no son órganos permanentes, en el sentido de operar de manera continua y con una dedicación exclusiva de todos sus miembros. Esta no permanencia puede impactar la celeridad en la tramitación de los casos y la capacidad de respuesta del sistema ante la necesidad de garantizar el control de convencionalidad de manera oportuna y efectiva.

Por otro lado, están las funciones propias de los órganos del SIDH y el procedimiento que se debe seguir, tanto para presentar un caso ante la Comisión Interamericana como para llegar a la Corte IDH, los cuales fueron diseñados en la década de los setenta, ajenos a las actuales circunstancias y, en especial, al concepto de control de convencionalidad.

Por tanto, es necesario (i) volver permanentes los órganos del sistema, (ii) reformar el sistema de peticiones individuales como, por ejemplo, el acceso directo a la Corte IDH, (iii) así como las funciones de la Comisión Interamericana.

## **Conclusiones**

El control de convencionalidad ha evolucionado como un mecanismo clave para asegurar que los derechos humanos prevalezcan dentro de los sistemas jurídicos de los Estados parte del SIDH. Esta herramienta ha promovido una mayor coherencia entre el derecho interno y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lo que se ha denominado bloque de convencionalidad.

Desde la perspectiva kelseniana, este control refleja una visión monista del derecho, donde el derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos, se sitúa por encima de las normas internas. Esta jerarquía es clave para entender la exigencia de coherencia normativa planteada por la Corte IDH.

El bloque de convencionalidad no se limita a la Convención Americana, sino que incluye otros tratados interamericanos y la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, aún se requiere una definición más precisa de su alcance y jerarquía para unificar criterios de aplicación entre los Estados.

Pese a los avances, la limitada aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH evidencia una cobertura fragmentada del sistema, lo que plantea la necesidad urgente de reformas que amplíen su alcance y refuercen su legitimidad.

La eficacia del control de convencionalidad también depende del fortalecimiento institucional del SIDH. Es necesario convertir, tanto a la Comisión como a la Corte, en órganos permanentes, con mayores recursos y competencias ajustadas a los desafíos contemporáneos.

El incumplimiento de este control puede constituir una violación autónoma de la Convención Americana, particularmente de los artículos 8 y 25, lo que obliga a los Estados a revisar y adaptar continuamente su marco normativo.

Un desafío actual es su aplicación en contextos de justicia transicional. La experiencia de Colombia demuestra la importancia de ajustar este mecanismo a procesos de paz sin debilitar la garantía de los derechos de las víctimas.

En definitiva, el control de convencionalidad no solo refuerza la protección de los derechos humanos, sino que promueve una integración jurídica regional mediante el diálogo entre la Corte IDH y las altas cortes nacionales, construyendo una cultura compartida de respeto y garantía de los derechos humanos.

## **REFERENCIAS**

- Constitución de la República Francesa. (1958). <https://acortar.link/avL3Qf>
- Constitución de la República Italiana. (1947). <https://acortar.link/cFM33F>
- Constitución del Reino de España. (1978). <https://acortar.link/FtLzo>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (12 de noviembre de 1991). Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. <https://lc.cx/hwD2Z4>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (14 de marzo de 2001a). Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. <https://lc.cx/UD4qc6>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (14 de mayo de 2013). Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. <https://lc.cx/uqDDwN>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (16 de noviembre de 2009b). González y otras (“Campo algodónero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. <https://lc.cx/aPlQZH>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (19 de agosto de 2014). Opinión Consultiva OC-21. <https://lc.cx/obvzl>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2 de septiembre de 2004). Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. <https://lc.cx/hD9hgv>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2018). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

No. 7: Control de convencionalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://acortar.link/ujRej5>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2025). *Estados miembros*. [https://www.oas.org/es/estados\\_miembros/default.asp](https://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp)

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (22 de junio de 2016). Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. <https://lc.cx/-msU30>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (22 de noviembre de 2022). Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. <https://lc.cx/sqHeCw>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (23 de noviembre de 2009a). Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. <https://lc.cx/Jy8t8g>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (26 de noviembre de 2010). Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. <https://lc.cx/zfVahT>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (26 de septiembre de 2006a). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. <https://acortar.link/DH-GtoC>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (29 de noviembre de 2006b). Caso “La Cantuta” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. <https://lc.cx/AGVSJ->

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (3 de septiembre de 2001b). Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación. <https://lc.cx/12sphq>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (30 de mayo de 1999). Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. [https://lc.cx/6A7\\_KN](https://lc.cx/6A7_KN)

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (5 de febrero de

- 2001). Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. <https://lc.cx/OWRqKp>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (8 de julio de 2020). Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. <https://bit.ly/3mujlBx>
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2023). Control de convencionalidad. <https://dpej.rae.es/lema/control-de-convencionalidad>
- Diez-Picazo Giménez, L. M. (2023). Variaciones sobre el Control de Convencionalidad. *Teoría y Realidad Constitucional*, (51), 89-107. <https://lc.cx/RzNDSV>
- Garcés Ramírez, F. (2023). Una mirada crítica al control de convencionalidad. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, (28), 101-142. <https://lc.cx/8r5HEz>
- García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *IUS Revista Jurídica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, V(28), 123-159. <https://bit.ly/2T3f96q>
- Luzzatti, C. (1999). Más allá de Kelsen: Monismo y pluralismo en el derecho internacional. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (22), 135-170. <https://lc.cx/YwkvXL>
- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. <https://acortar.link/gE693>
- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://acortar.link/r5E8yF>
- Parlamento Europeo, Consejo Europeo, Comisión Europea. (2000). *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. <https://lc.cx/cvwOM9>
- Perrotti Pincioli, I. (2024). El control de convencionalidad en la Corte Interamericana y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: breve análisis comparado. *Boletín de la Academia de Yuste*, (44), 1-16. [https://lc.cx/AK\\_F\\_V](https://lc.cx/AK_F_V)

- Quinche Ramírez, M. F. (2017). *El Control de Convencionalidad* (3ª ed.). Temis.
- Ramos Zantalla, G. A. (2021). El Control de Convencionalidad Americano en Europa. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 15(1), 75-107. <https://lc.cx/tX4D6l>
- Valencia Restrepo, H. (2008). *Derecho internacional público* (3ª ed.). Librería Jurídica Comlibros.
- Villar Borda, L. (2006). Hans Kelsen y el Derecho Internacional. *Derecho y Libertades*, II(14), 221-234. <https://lc.cx/9ChNqq>
- Wikipedia. (2025, 17 de marzo). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. <https://acortar.link/bNOuME>

## **Orden público internacional en Colombia: vacíos conceptuales y desafíos para el siglo XXI**

---

**Pia M. Moscoso Restovic**

### **Resumen**

Esta conferencia analiza el sentido y alcance de diferentes conceptos de “orden público”, propios del desarrollo normativo, jurisprudencial y político en Colombia, cuyos efectos son de importancia para el derecho internacional privado. Esta presentación busca identificar las limitaciones en la aplicación del derecho extranjero en Colombia, con base en la revisión del sistema de fuentes normativas aplicables, cuando el orden público es utilizado como criterio de interpretación para la aplicación o exclusión del derecho extranjero.

**Palabras clave:** Código de Bustamante, orden público, orden público internacional, derecho internacional privado.

### **Abstract**

This speech analyzes the meaning and scope of different concepts of public order. The legal framework, jurisprudential and political development in Colombia is analyzed to set the effects in Private International Law. This work seeks to identify the limitations in the application of foreign law in Colombia, based on the review of the system and sources, when Public Order is used in the application of foreign law.

**Keywords:** Bustamante code, public order, international public order, private international law.

## **Introducción**

El derecho internacional privado es un sistema de normas jurídicas compuesto por normas internas y por normas internacionales aplicables a un determinado Estado. Los términos “principios”, “doctrina de los ius publicistas”, “costumbre” y “jurisprudencia”, constituyen un sistema de fuentes de derecho internacional público que, sumados a los tratados, forman el derecho internacional general. En este sistema de normas, encontramos reglas de derecho internacional privado general aplicables al comercio internacional en general, a la competencia judicial internacional, al arbitraje, la colaboración internacional y el reconocimiento de la jurisdicción extranjera, entre los ámbitos más relevantes.

Los asuntos que actualmente se resuelven a través del derecho internacional privado, abarcan todas las dimensiones privadas: la persona, sus relaciones de familia, bienes, capacidad, contratos y responsabilidad extracontractual.

Por estas razones, resulta importante definir el orden público internacional, considerando que el Estado es quien define los principios de su ordenamiento jurídico, con base en sus propios intereses. Asimismo, el Estado no es libre de restarse a los efectos en su territorio de hechos y actos jurídicos ocurridos o conocidos en otras jurisdicciones, cuyos efectos se extienden extraterritorialmente y con independencia de ordenamientos públicos con principios muy diferentes.

Para introducir este tema, presentemos una definición del orden público internacional. Según Fernández y Sánchez (1997), el orden público internacional es “el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado” (p. 381). Esta perspectiva de orden público internacional, pone énfasis en los efectos internacionales de las normas internas de orden

público, limitando la aplicación del derecho extranjero en la jurisdicción interna con base en la excepción de orden público.

En efecto, la excepción de orden público tiene por objeto un análisis que puede hacerse en dos momentos: en un momento *ex ante*, se analiza la aplicación del derecho extranjero a un conflicto conocido por un juez nacional; en un segundo momento o *ex post*, se analiza el derecho extranjero en el reconocimiento de la eficacia de la sentencia extranjera. Este último será el caso más común de aplicación de orden público internacional.

Sin duda, será dentro del ámbito del derecho constitucional donde encontraremos un mayor desarrollo del concepto de orden público y, en consecuencia, de orden público internacional. El problema que nos convoca consiste en resolver si los conceptos de orden público, propios del derecho constitucional y del derecho público interno en Colombia, cumplen alguna función limitando o extendiendo la aplicación del derecho extranjero en asuntos sujetos al derecho internacional privado. Desde luego, podemos anticipar nuestra hipótesis: no existe una norma expresa en el derecho interno colombiano que se refiera al orden público internacional, por lo que será necesario identificar la base normativa colombiana para el uso de la excepción de orden público internacional.

## **1. El orden público en Colombia**

El orden público en Colombia es un concepto multifacético que comprende tanto la protección de los derechos fundamentales, como las normas de legalidad, constituyendo un mandato para el mantenimiento de la paz y la estabilidad social.

La evolución del orden público, como un concepto complejo, ha permitido el desarrollo de políticas estrechamente relacionadas con la seguridad y la protección de la democracia. Esta perspectiva del orden público

es sinónimo de “orden interno” y se utiliza para la salvaguarda de civiles frente a la acción de grupos ilegales. Desde esta perspectiva, el orden público en Colombia es entendido como la habilidad del Estado de mantener el monopolio del uso de la fuerza legítima, proveyendo seguridad a sus ciudadanos y enfatizando el imperio de la ley y el orden como un primer paso necesario en dirección a la erradicación de la violencia (Mason, 2003). Esta aproximación refleja un amplio entendimiento del orden público como una regla de derecho y también como un standard moral, ético y social que rige la vida y el gobierno de la comunidad.

Si bien, el orden público tiene una naturaleza pública y política, existen efectos que se extienden al derecho internacional privado en tres áreas:

- a. La protección de los derechos fundamentales es un contenido esencial del orden público, que incide en el derecho internacional privado como una protección a los derechos, libertades y dignidades de los individuos (Hrytsenko, 2022), v. gr., las normas de familia contenidas en tratados internacionales y en convenios suscritos por Colombia de protección a la infancia y adolescencia, así como el reconocimiento de derechos humanos a pueblos originarios para la administración de su patrimonio cultural e inmaterial, son manifestaciones del orden público internacional.
- b. La protección de la legalidad y de la institucionalidad, como un segundo contenido del orden público dirigido a la actuación de los tribunales y servicios públicos para la satisfacción de las necesidades sociales de convivencia armoniosa en la comunidad (Tomić, 2019). El principio de la inexcusabilidad de los tribunales ha sido históricamente utilizado como último fundamento para radicar la competencia judicial internacional en tribunales nacionales, de modo que la aplicación del derecho interno a una relación o situación jurídica internacional, incide directamente en las competencias de los órganos del Estado.

- c. El orden público es, finalmente, un principio incorporado del ordenamiento jurídico en Colombia, que guía el cumplimiento de la ley y las prácticas judiciales con la finalidad de asegurar que las acciones del Estado sean transparentes y rindan cuenta en el marco del Estado de derecho (Guo, 2021). La igualdad ante la ley juega un rol esencial en el derecho internacional privado, asegurando la tutela judicial efectiva de derechos justiciables y la ejecución de los fallos.

Este desarrollo del concepto de orden público es fuertemente constitucional. Sin embargo, se observan manifestaciones en el derecho internacional privado, que podemos sistematizar en los apartados siguientes.

## **2. Orden público interno y orden público internacional**

El orden público está compuesto por normas que rigen no solo las instituciones del derecho público, sino particularmente las relaciones entre privados, determinando la eficacia de los actos jurídicos y sus efectos en Colombia. El orden público en materia privada constituye, por tanto, un criterio de validez y de eficacia para los actos y hechos jurídicos, cuya omisión se sanciona con inexistencia o nulidad del acto, por tratarse de normas imperativas directamente aplicables.

Por la regla de coherencia, el sistema de normas en Colombia obliga a interpretar las normas de orden público como limitaciones a la autonomía de la voluntad y como garantías del Estado de derecho. Sin embargo, esta coherencia normativa interna exige mayores definiciones y aclaraciones cuando nos referimos a los efectos en el orden público internacional. En efecto, ¿puede el orden público internacional superponerse al derecho público interno?

En el ideario original del Código Americano de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), no existía conflicto entre las normas de orden público interno y las normas de orden público internacional,

porque entre ellas había una relación de género a especie. De este modo, el orden público internacional tenía como contenido normas de orden público interno.

En la actualidad, el establecimiento de un conjunto de normas, principios e instituciones supranacionales, ha venido a supeditar el propio derecho público de los Estados en la comunidad internacional, creando sus propios sistemas de principios y valores jurídicos, a los que se supedita un Estado parte, en forma voluntaria o por efecto de pertenecer a una unión, integración o bloque de Estados, sometiendo su propia jurisdicción a organismos internacionales, reconociendo laudos y sentencias extranjeras.

En los nuevos paradigmas del derecho, nos encontramos con normas de competencia judicial internacional y con principios internacionales consagrados en tratados internacionales ratificados por Colombia que, perteneciendo al derecho internacional general, son aplicables igualmente. Asimismo, las directrices emanadas de organismos internacionales y las normas provenientes del derecho internacional privado extranjero, afectan a nacionales localizados en terceros Estados, a residentes extranjeros en Colombia, en casos de conflictos internacionales, generando la necesidad de reconocer y aplicar válidamente el derecho extranjero.

En la génesis del concepto de orden público internacional, no existía la posibilidad de prever los modernos desafíos que enfrentaría el concepto. La región americana, por su parte, no llegó a un consenso en el concepto de orden público internacional, aunque que gozaba de Estados relativamente homogéneos, herederos del Código de Bello; repúblicas americanas con el mismo pasado independentista y con, más o menos, la misma cultura jurídica.

Quizás los procesos de independencia, sumados a la poca estabilidad de los gobiernos, tomaron décadas en consolidar el orden público interno. Las posteriores crisis económicas y políticas que debieron enfrentar los

Estados americanos, junto con los problemas sociales internos, asociados a modelos conocidos de crecimiento basados en la producción de materias primas, heredados de la colonia y altamente dependientes de potencias extranjeras, avivaron el nacionalismo en los Estados americanos. Este nacionalismo se vio fortalecido por las guerras que diseñaron los límites territoriales de los modernos Estados americanos.

En este contexto, no hubo espacio para una integración americana basada en principios y valores jurídicos comunes. De ahí que la importante obra de 1893 o Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), se limitara a reconocer la independencia y soberanía de los Estados parte en la definición de sus propias normas de orden público internacional, en lugar de profundizar normas de fondo, como proponía el Código Civil de Bello de 1855.

Presentando la Convención Americana, Sánchez de Bustamante (como se citó en Busch, 2024), señalaba:

Por desgracia, el internacional privado está aún en período constituyente y no hay materia más confusa, ni menos meditada, ni tan discutida en nuestra ciencia como el orden público internacional... De poco acá se nota el deseo de poner esta cuestión en claro, y se multiplican los estudios á ella referentes. Quizás el nuestro venga, á despecho de los propósitos que lo inspiran, á aumentar la confusión (p. 125).

El vacío conceptual del orden público internacional, evidencia la falta de un ideario americano basado en el consenso de principios y valores jurídicos, que solo con el tiempo y gracias a las cláusulas del Estado democrático insertas en tratados de libre comercio, se han permeado ciertas capas del derecho interno. Sin embargo, aún existen muchos temas abiertos en ámbitos tales como la nacionalidad, la ciudadanía, el orden

de las familias, sucesiones, quiebras, ciertos delitos, la responsabilidad internacional, propiedad intelectual y el reconocimiento de las sentencias extranjeras, entre los más recurrente.

En estos dominios del derecho, encontramos interdisciplinas con incidencia en problemas propios de la región, tales como: el desplazamiento social, las migraciones, la corrupción, el tráfico de sustancias ilícitas, el crimen organizado, la trata de personas y la contaminación ambiental, entre los problemas más importantes para las relaciones internacionales.

El propio Sánchez de Bustamante (como se citó en Busch, 2024) lo advirtió en 1893 cuando, a propósito de la definición del orden público internacional, indicó que “si resulta un concepto vago é indeciso, se presta de suyo á la arbitrariedad, y arbitrariedad é injusticia suelen ser dos nombres de una misma cosa en el terreno del derecho” (p. 126). Para Sánchez de Bustamante (como se citó en Busch, 2024), el orden público internacional está compuesto por normas que tienen por objeto el Estado y su derecho, de modo que infringirlas lesiona la soberanía y los fundamentos propios del Estado.

Por todo lo anterior, caracterizar las normas del orden público internacional, obliga a considerar que: a) contiene normas imperativas aplicables a nacionales y a extranjeros, b) son locales en cuanto a su origen, pero no en cuanto a sus efectos; y c) pertenecen al bloque de legalidad en cuanto a su fuente, gozando de permanencia y estabilidad en el tiempo.

Respecto a sus efectos, las normas de orden público internacional limitan la autonomía de la voluntad privada y constituyen una limitación a la aplicación del derecho extranjero. En ambos casos, el Estado aplicará directamente su norma de orden público internacional.

Las normas de orden público internacional son, por tanto, normas positivas que constan en el bloque de legalidad, son imperativas, localistas y excluyen la aplicación del derecho extranjero. La primera norma de orden

público Internacional es la norma de conflicto, porque es la primera regla interna de competencia judicial internacional y de análisis de legislación aplicable a un conflicto internacional. El orden público internacional se relacionará, por tanto, con los efectos de la legislación aplicable, más que con la norma de conflicto.

Finalmente, los ámbitos en los cuales encontramos normas de orden público internacional son: a) el derecho internacional privado (como parte de sus principios y como normas que rigen esta rama del derecho), b) el derecho político, administrativo y penal (en tanto se deban aplicar normas de derecho público a bienes jurídicos y principios protegidos por el Estado), c) el derecho procesal (en todos los procedimientos judiciales), d) leyes civiles y mercantiles de carácter *supraindividual* o con efectos público-económicos, como los derechos al consumidor, e) en leyes civiles que regulan las relaciones de familia, el estatuto de los bienes su registro y f) en las normas de responsabilidad contractual y extracontractual.

### **3. Orden público internacional colombiano**

La doctrina del orden público internacional, como sistema de normas recogidas en la ley interna, permite identificar qué dominios del derecho tributan a este sistema. Esta virtud, propia de todo sistema positivo de normas, se contrapone con la dimensión *ex post* de la excepción de orden público internacional (Busch, 2024), la que actúa como criterio de legitimidad y que, en determinados casos, requerirá de justificación, razonamiento y argumentación jurídica para determinar los efectos del Derecho extranjero que se aplique en Colombia. En este apartado sólo nos quedaremos con el bloque de legalidad *ex ante* de orden público internacional vigente en Colombia.

A diferencia de países como Uruguay y Chile, que recientemente optaron por presentar anteproyectos y leyes de derecho internacional

privado, en Colombia se optó por modificar directamente el Código Civil, a fin de incorporar normas de derecho internacional privado en el cuerpo normativo más importante de derecho común para las relaciones entre privados. Esta aproximación deja fuera dos de las tres dimensiones del derecho internacional privado: la competencia judicial civil y el reconocimiento de la sentencia extranjera (Ochoa, 2021).

Colombia carece de normas generales sobre competencia judicial internacional directa de sus tribunales; situación que contrasta con legislación vigente en materia de arbitraje comercial<sup>57</sup>. Ante la falta de una norma de conflicto directa, los tribunales han recurrido a los artículos 229 y 230 de la Constitución Política de Colombia<sup>58</sup>, garantizando el derecho de tutela judicial efectiva, aplicando el principio de inexcusabilidad de los tribunales en el ejercicio de su jurisdicción. Sin embargo, al establecer que los jueces solo están sometidos a la ley (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 230), quedaría cerrada la aplicación del derecho extranjero por la vía del derecho internacional privado, salvo en lo que estuviere expresamente regulado en el derecho interno y en lo que fuere aplicable por vía del derecho internacional general.

Esta segunda opción se operativiza a través de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado del 5 de agosto de 1979, ratificada por Colombia el 6 de septiembre de 1981, que, en lo referente al orden público internacional, establece una obligación

---

<sup>57</sup> *Cfr.* Ley 1563 de 2012 sobre Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y otras disposiciones.

<sup>58</sup> Artículo 229: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado” (C.P. 1991, art. 229). Artículo 230: “Los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (C.P., 1991, art. 230).

general de reconocimiento del derecho extranjero<sup>59</sup> y el reconocimiento expreso del orden público interno como una limitación *ex post* para la aplicación del derecho extranjero<sup>60</sup>.

## **Conclusiones**

Si bien Colombia carece de una consagración normativa expresa a nivel interno que conceptualice el orden público internacional, es posible que, por la aplicación del derecho internacional general y del derecho internacional convencional (v. gr. Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado), se admita una excepción general de orden público internacional con contenido abierto, más allá de casos de positivización expresa a través de normas prohibitivas o imperativas internas que sancionen con inexistencia o nulidad un acto contrario a las leyes y al orden público.

---

<sup>59</sup> Artículo 2: “Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada” (Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, 1979).

<sup>60</sup> Artículo 5: “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público” (Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, 1979). Artículo 6, inciso primero: “No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte” (Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, 1979). Artículo 7: “Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público” (Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, 1979).

## **REFERENCIAS**

- Busch, E. (2024). Análisis de la ley de orden público internacional del Código de Bustamante. Su relación con el orden público en cuanto límite a la aplicación del derecho extranjero en Chile. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (256), 117-139. [https://revistas.udec.cl/index.php/revista\\_de\\_derecho/article/download/17554/16526/47268](https://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/download/17554/16526/47268)
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Fernández, J. y Sánchez, S. (1997). *Curso de Derecho Internacional Privado* (3ª ed.) Civitas. [https://www.jstor.org/stable/26298268?read-now=1&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/26298268?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents)
- Guo, Z. (2021). Public order as a protectable interest [El orden público como interés protegible]. *Legal Studies*, 41(3), 410-429. <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-studies/article/abs/public-order-as-a-protectable-interest/A7AB23DE6FC67902EDE59BB98DF2C96A>
- Hrytsenko, V. (2022). Main scientific aspects regarding the formation of the categories «public order» and «public control» [Principales aspectos científicos respecto a la formación de las categorías “orden público” y “control público”]. *Наукoвi Записки*, (13), 62–66. <https://pravo.cusu.edu.ua/index.php/pravo/article/view/191>
- Mason, A. (2003). Colombia’s Democratic Security Agenda: Public Order in the Security Tripod [La agenda de seguridad democrática de Colombia: el orden público en el trípode de la seguridad]. *Security Dialogue*, 34(4), 391-409.

- Ochoa, M. (2021). Las normas de derecho internacional privado: observaciones al Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (41), 373-396. <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/7210/10323>
- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1979). Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>
- Tomić, Z. (2019). Public order: notion and structure [Orden público: noción y estructura]. *Annals Belgrade Law Review*, 67(2), 34-48. <https://anali.rs/javni-poredak-pojam-i-struktur%D0%B0/?lang=en>

# **¿Puede el derecho internacional impedir la guerra y poner límites al uso bélico de la tecnología? Una reflexión sobre el mundo moderno, la soberanía, la ciencia y la guerra**

---

**Bernardo Vela Orbegozo**

## **Resumen**

Esta reflexión recuerda que el derecho internacional contemporáneo se estableció tras las denominadas guerras mundiales, con el objetivo de construir la paz mediante la imposición de unos límites a la soberanía estatal. No obstante, también constata que, en el siglo XXI, el soberanismo se ha vuelto a imponer y que, además, los desarrollos de la ciencia se han puesto al servicio del poder bélico de los Estados más poderosos. Se suscita, pues, una cuestión sobre la capacidad del ser humano de sobrevivir a su propia racionalidad.

**Palabras clave:** orden global, soberanía, guerra, ciencia.

## **Abstract**

This reflection recalls that contemporary international law was established after the so-called world wars with the aim of building peace by imposing limits on the reason of state and sovereignty. However, it also notes that in the 21st century, sovereignty has once again prevailed and that, furthermore, scientific developments have been placed at the service of the most powerful states' military power. This raises the question of humankind's capacity to survive its own rationality.

**Keywords:** global order, sovereignty, war, science.

## **Introducción**

El origen de la Modernidad debe interpretarse como el producto de la transición de la sociedad señorial, propia de la Edad Media<sup>61</sup>, al absolutismo mercantilista que le dio carácter al Renacimiento y, como advierte Mayer (1981), ese momento no se puede interpretar como una ruptura drástica que pueda señalarse con un hito, sino como una dinámica histórica compleja en la que intervinieron un conjunto de procesos sociales de orden cultural, político, económico, científico y religioso que estaban imbricados entre sí<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> De acuerdo con Touchard (1961), durante la denominada Edad Media, no hubo un orden estatal, sino un orden feudal fundado en la tenencia de la tierra y legitimado con las tesis presentadas por Agustín en la “Ciudad de Dios”. La Edad Media en Occidente, vivió bajo la auctoritas de la Iglesia Católica y los príncipes ejercieron una potestad en sus pequeños reinos, siempre sometidos a la égida de una teocracia que se regía mediante el derecho divino. Tras diez siglos, el régimen feudal hizo crisis y el mundo cambió. El final de la Edad Media tiene que ver con el declinar del teocentrismo y la emergencia del antropocentrismo del Renacimiento y, en términos políticos, por la conformación del Estado-nación.

<sup>62</sup> Mayer (1981), un genial historiador luxemburgués y profesor emérito de la Universidad de Princeton, sostiene que las transiciones de la historia no pueden considerarse rupturas drásticas porque los procesos sociales se desarrollan de manera sinuosa prolongándose en el tiempo y abarcando expresiones del viejo orden que va declinando y expresiones del nuevo orden que se va consolidando. En este sentido, Mayer (1981) pone en evidencia que el prolongado proceso que supuso la transición del antiguo régimen a la Modernidad no fue uniforme en los países europeos de Occidente y, lo más importante para los fines de este trabajo, que esa transición no significó la ruptura total con la sociedad señorial que le precedió. Se puede afirmar, pues, que cuando el viejo régimen entró en crisis, en Europa occidental fue emergiendo paulatinamente lo que se ha denominado Modernidad, pese a que siguió abarcando procesos en latitudes distintas de la europea que no se han modernizado, América Latina, por ejemplo. Con el mismo fundamento, se puede afirmar que el orden global moderno estatizado ha sufrido muchos cambios, pero que en los principios del Siglo XXI el Estado todavía sigue siendo el protagonista esencial.

## 1. El orden político moderno

Si se aísla el proceso político involucrado en la dinámica compleja que dio origen de la Modernidad, se puede afirmar que se trató de la paulatina emergencia de los primeros Estados-nación en algunos países de Europa occidental que transitaron del modelo teocrático y señorial, propio del medioevo y el feudalismo, hacia el antropocentrismo renacentista que dio lugar a un régimen político caracterizado por la concentración del poder en manos de un monarca absoluto, esto es, desvinculado de cualquier autoridad, que se estableció en un territorio soberano y que, de esa manera, propició la formación de los denominados Estados-nación<sup>63</sup>. Éstos, a su vez, propiciaron la configuración de un orden global estadocéntrico, soberanista y anárquico en el que la guerra se hizo inminente: el sistema de Estados-nación fundado en la soberanía y en la interdependencia, dijo Kant muchos años después, dio lugar a la anarquía, esto es, a la ausencia de un orden superior a los estados-nación en el que la guerra se tornó inminente (Kant, 1979).

En palabras de juristas como Schwarzenberger (1951), el orden político estadocéntrico de la sociedad internacional, configurado a manera de una aristocracia de Estados soberanos e independientes y, además, legitimado por el denominado derecho internacional clásico, convirtió la guerra en una prerrogativa de los Estados (*ius ad bellum*) que no tenía límite distinto del que los propios Estados se imponían.

---

<sup>63</sup> La formación del Estado-nación solo puede comprenderse si se estudian, en primer lugar, las tesis de Weber (1984) que hacen alusión a los procesos políticos que condujeron al monopolio de la fuerza, esto es, a la imposición de un príncipe mediante lo que suele denominarse una guerra fundacional que generó la coerción social; en segundo lugar, las tesis de Tilly (1992) que hacen alusión a los procesos económicos que están intrínsecamente ligados a los procesos políticos de la época y que propiciaron la acumulación capitalista que, a su vez, dieron lugar a un fisco capaz de financiar las estrategias bélicas y de coerción del príncipe y, en tercer lugar, las tesis de Hobsbawm (1992) que se refieren a los procesos sociales y culturales que favorecieron la conformación de las identidades nacionales.

Truyol y Serra (1998), en el mismo sentido, sostiene que, para garantizar el *statu quo* y favorecer sus intereses, los Estados recurrieron a una práctica internacional que fue dándole base a un frágil equilibrio político basado en alianzas temporales y en amenazas permanentes. Esta práctica internacional, determinada por el parecer de las potencias, convirtió la guerra en “(...) un medio normal de la política” (Truyol y Serra, 1999, p. 36).

Por otra parte, un estudio propuesto por Toynbee (1963) desde las relaciones internacionales, ha puesto en evidencia que la historia de la humanidad es el resultado de 28 civilizaciones significativas, de donde se coligen tres cosas: la primera, que la denominada “civilización occidental” debe considerarse como una más de las que han contribuido a la formación de la historia de la humanidad; la segunda, que el origen y las transformaciones del orden global de la Modernidad han estado determinadas por la acción de los imperios que han puesto a la vanguardia la civilización occidental, legitimados por los principios y las normas del derecho internacional clásico, entre los que se encuentra el derecho a la guerra (*ius ad bellum*); la tercera, que los imperios de Europa occidental hicieron y legitimaron las guerras de conquista y, sobre esas bases, sometieron al colonialismo moderno a los pueblos de los otros continentes, configurando, de esa manera, la diada entre el imperialismo y el colonialismo que, como dos caras de la misma moneda, le dieron carácter durante siglos a la Civilización Occidental (Vela, 2019)<sup>64</sup>.

En otras palabras, para explicar el orden global moderno y el papel del derecho internacional clásico, es preciso beber de las fuentes de la filosofía

---

<sup>64</sup> El imperialismo y el colonialismo, como dos caras de la misma moneda, fueron dos expresiones de la dinámica social de la Modernidad que estuvieron relacionados e imbricados entre sí y que se reprodujeron y prolongaron gracias al orden global estatalizado, soberanista y anárquico que hizo de la guerra un mal inminente. De hecho, se puede colegir que el denominado derecho internacional clásico era un conjunto de principios y normas que fueron emergiendo y que se fueron sistematizando al socaire de esa dinámica social de la Modernidad con el objetivo de mantener y legitimar ese *statu quo* (Vela, 2019).

política. Esta constatación, que resulta obvia para los expertos, es la que se trata de proponer en esta corta reflexión, con fundamento en las tesis de Russell (1938), filósofo británico que considera el poder como el motor que configura las dinámicas sociales. De hecho, recordando los debates propuestos desde la Antigüedad, entre otros, por Aristóteles, Russell (1938) sostiene que en la sociedad siempre ha habido relaciones de dominación y de obediencia, de donde colige que el largo y complejo proceso de formación y transformación del orden político en la Modernidad se debe considerar como el producto de un poder que configuró las relaciones internacionales y que abarcó, entre otras cosas, la emergencia de los principios y el establecimiento de las normas que las regulan.

## 2. El derecho internacional clásico

El denominado “derecho internacional clásico” es, pues, la expresión institucional de un orden global estadocéntrico liderado por Occidente, cuyos orígenes se puede asociar a los orígenes de la Modernidad y, de manera específica, a la guerra de los treinta años y a la firma de la paz de los territorios de Westfalia. De hecho, este derecho justificó el derecho a la guerra de los grandes imperios (*ius ad bellum*), que llevó a Europa a ponerse a la vanguardia, convirtiéndose en el continente más rico y más violento del Mundo<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Si se considera que la guerra de los treinta años no tuvo un claro ganador porque culminó con unos acuerdos de paz que se firmaron en los territorios de Westfalia (el Tratado de Osnabrück de mayo de 1648 y el Tratado de Münster de octubre del mismo año), se puede colegir que uno de los principios fundamentales del “derecho internacional clásico” fue la autodeterminación que los Estados acordaron entonces, que no es cosa distinta que el mutuo reconocimiento que se hicieron de su propia soberanía. Entre los principales logros de la denominada “paz de Westfalia”, deben considerarse, como afirman los expertos, el equilibrio que sus prescripciones generaron entre las potencias de la época y, en este sentido, la inviolabilidad de las fronteras, la no intervención en los asuntos de otros Estados y el deseo de garantizar la libertad religiosa que se expresó en el reconocimiento de las nuevas vertientes del cristianismo nacidas con la reforma protestante. Sin embargo, ese equilibrio que dio origen al que suele denominarse “sistema

Se puede afirmar, en consecuencia, que los orígenes del derecho internacional clásico están en el siglo XVI y, específicamente, en este proceso denominado “sistema europeo de Estados” porque se basó en la formación de los primeros Estados-nación que dio paso a la idea de una Europa definida en términos geográficos, pero, sobre todo, a una Europa definida en términos culturales y políticos<sup>66</sup>.

Ahora bien, los principios y normas de este derecho también legitimaron las guerras de conquista y, en consecuencia, el dominio de nuevos territorios mediante las prácticas abominables y prolongadas del colonialismo<sup>67</sup>, por esa razón, se puede afirmar que un segundo momento en

---

westfaliano” y que, a su vez, le dio carácter y estructura al orden global moderno, no involucró a todos los actores políticos de la época y, sobre todo, no garantizó una paz duradera porque, en el fondo, lo que buscaba y lo que terminó ocurriendo fue la sustitución de la preponderancia de los Habsburgo por una hegemonía de Francia y de Suecia. Además, este debilitamiento político y territorial del Sacro Imperio Romano Germánico propició el nacimiento de la República Holandesa y de la Confederación Suiza (Ruiz-Domènec, 2010; Schmidt, 2012; Tenenti, 2000; Rey, 2005).

<sup>66</sup> Se trata, pues, del derecho de esta sociedad de Estados europeos que correspondía al soberanismo y la anarquía propios del orden global moderno y, en consecuencia, era un derecho descentralizado que encontraba su origen en la práctica estatal, esto es, en acuerdos y usos particulares que se fueron consolidando como costumbres y que propiciaron el desarrollo paulatino de normas de carácter más general (Truyol y Serra, 1998),

<sup>67</sup> Cuando se usa la palabra “colonización” en este trabajo, se hace alusión al dominio que impusieron los imperios europeos modernos. En este sentido, cuando se alude a la descolonización, se refiere a la emancipación de esos territorios mediante guerras de independencia que se suscitaron en diferentes momentos, dando origen a los Estados que hoy existen y participan como sujetos en el orden global. En efecto, cuando se estudian los procesos de emancipación, se puede constatar que muchas de esas guerras de independencia se suscitaron en episodios históricos o movimientos libertarios regionales en contra del colonialismo europeo, entre los que se pueden destacar, en primer lugar, el movimiento americano que comenzó con la independencia de los Estados Unidos y Haití, y que fue seguido por los Estados latinoamericanos; y, en segundo lugar, la descolonización de Asia y África. Los territorios coloniales de América Latina se emanciparon, en su mayoría, mediante las guerras de independencia de principios del Siglo XIX. En el continente africano, donde hasta 1939 sólo había un Estado, con el movimiento des-

la formación de este derecho está asociado a la conquista del entonces denominado “nuevo mundo”, que luego se denominó América<sup>68</sup>, que fue la etapa previa y militar de un prolongado periodo de colonización que generó la asimilación mediante la imposición de los valores, las creencias, la lengua y los paradigmas de la civilización occidental que llevó a los analistas a proponer la idea de un “sistema de Estados de civilización europea<sup>69</sup>”.

---

colonizador nacieron casi cincuenta. En fin, la cifra de Estados asiáticos independientes se quintuplicó. En las páginas que siguen, se hace un análisis más pormenorizado de estos movimientos, de sus antecedentes y de sus consecuencias (Ruiz, 1973; Bloch, 1977; Martínez, 1987; Frank y Gills, 1992; Dussel, 1994; Dussel, 2000; Giddens et al., 2001; Agamben, 2003; De Sousa, 2005; De Sousa, 2018; Fabara, 2021; Dussel, 2022).

<sup>68</sup> “(...) Los primeros habitantes de lo que hoy es América no se conocían ni como América, ni como Hemisferio occidental, ni como Nuevo Mundo. Estas nociones se las inventaron posteriormente los colonizadores ya que América es ante todo un hecho de colonización” (Gilhodes, 2003, p. 4). La denominación de “América”, sostiene Gilhodes (2003), se propició en un congreso de geógrafos europeos reunidos en la ciudad de Saint Dié, en 1507, que tuvo por objeto rendir homenaje a su colega italiano Américo Vespucio. El vocablo “Latina”, por su parte, es de fecha reciente: “Fue propuesto a Napoleón III, emperador de los franceses, por el senador Louis Chevalier. Es de anotar que Louis Chevalier fue ancestro del gran historiador francés Francois Chevalier, primer titular de la cátedra de América Latina en la Soborna (sic). Con esto, el senador quería legitimar la invasión de México por las tropas francesas hace ciento cuarenta años. En búsqueda de un imperio colonial, los franceses usaron el pretexto de la defensa de la latinidad y la religión, en sus difíciles relaciones con el Papa en Italia, frente a la amenaza de los anglosajones, los norteamericanos que se habían apoderado de buena parte del México de la independencia. Lo más extraño fue que, a nombre de la latinidad, se creó un imperio a cuya cabeza fue colocado un Habsburgo, el austríaco Maximiliano, quien fue fusilado apenas se retiraron las tropas francesas. Con tal antecedente, cómo no pensar en la mala suerte de esta parte de América al definir su identidad. Se asociaron el sustantivo y el adjetivo para calificar a los territorios y a sus habitantes nombrados corrientemente como los latinoamericanos. España fue el país que más se resistió a la nueva denominación, y todavía en tiempos de Franco se utilizó el término Hispanidad para definir la relación entre la península y lo que fueron sus colonias” (Gilhodes, 2003, p. 25).

<sup>69</sup> En efecto, el colonialismo que siguió a las guerras de conquista generó muchos impactos: el sometimiento de los pueblos aborígenes que en muchos casos llegó hasta el exterminio de pueblos enteros y la esclavitud de las personas negras secuestradas en África, la explotación de los recursos naturales que las más de las veces produjo la depredación y, en fin, los sincretismos y los mestizajes que contribuyeron a profundizar la

En fin, el tercer proceso en la formación del derecho internacional clásico se realizó muchos años después, y coincide con el éxito del movimiento independentista americano y con la paulatina consolidación de revolución industrial. Algunos analistas de Occidente proponen que esta etapa dio lugar a una sociedad de estados civilizados y se refiere a que, pese a que se habían emancipado, las nuevas repúblicas independientes seguían girando en torno de los valores y paradigmas de la civilización occidental (Quijano, 2000). Quijano (2000) dice que en este proceso jugaron un papel fundamental las élites criollas que habían emergido al amparo del colonialismo europeo y que años después, fundadas en los valores liberales de la Ilustración, lideraron los procesos de emancipación, tomaron el poder de las nacientes repúblicas y, en efecto, reprodujeron la tradición cultural europea<sup>70</sup>.

---

ya jerarquizada estructura social. Sin embargo, lo que interesa destacar en este análisis se hace evidente con los enfoques de la Teoría Crítica que se estudian a lo largo de este trabajo de investigación, esto es: que las ignominiosas prácticas políticas y económicas del colonialismo fueron legitimadas por la hegemonía cultural que los imperios europeos impusieron en sus territorios coloniales en un proceso asimilacionista en el que la lengua, la cristianización y el “derecho internacional clásico” jugaron un papel definitivo. En esta parte del trabajo, es pertinente recordar que la Iglesia Católica jugó un papel determinante en la legitimización y promoción del dominio que los imperios europeos impusieron durante el colonialismo en América, el cual se hizo efectivo mediante el expolio de los recursos, el sometimiento y la reducción de los pueblos indígenas, su conversión forzada y, unos años más tarde, mediante el secuestro y la esclavitud de las personas negras originarias de África. En efecto, como afirma Dussell (1994), con el pretexto de la evangelización, las bulas papales firmadas por Nicolás V y Alejandro VI permitieron a los imperios colonialistas europeos reducir y doblegar a los pueblos indígenas a la esclavitud, expropiar sus bienes y forzar a las personas a convertirse. En el mismo sentido, Mignolo (2003b) insiste que fue en nombre del cristianismo que los imperios europeos justificaron los métodos violentos, universalizaron sus principios y valores e impusieron las etapas de su historia y las paradojas de su proceso colonial. Por esa razón, hablando en nombre de los pueblos dominados, afirma que, cuando ellos llegaron tenían sus biblias y nosotros teníamos las tierras; nos pidieron entonces que cerráramos los ojos y rezáramos.; cuando los abrimos, nosotros teníamos sus biblias y ellos nuestras tierras (Mignolo, 2003a; 2003b; 2007).

<sup>70</sup> Los países de la periferia, dice Quijano (2000), hicieron guerras de independencia política; sin embargo, esa emancipación no significó el fin de la colonialidad porque los

### **3. La Ilustración, la ciencia y la guerra**

El estudio de la compleja dinámica que dio origen a la Modernidad, también abarcó un proceso cultural que suele caracterizarse, en primer lugar, por el declive del teocentrismo medieval y la emergencia del antropocentrismo y, en segundo lugar, por el origen de la ciencia, esto es, de ese conjunto racional y sistemático de conocimientos que se obtienen mediante el razonamiento lógico y la comprobación empírica, y que se interpretan con base en una formulación teórica (Serres, 1989; Del Águila, 1991; Cassirer, 1993; Frazer, 1994; Gaarder, 1995).

Se trata, en efecto, de un proceso que comenzó durante el Renacimiento y que solo se explica como la consecuencia del abandono del pensamiento teocéntrico que prevaleció en la Edad Media -entre otras cosas, el abandono de las teorías divinas del poder y del derecho (Barcala, 1990; Hessen, 1981; Galán, 1945), y que, a su vez, generó una influencia determinante en la consolidación del movimiento social de la Ilustración. Por su parte, bajo el contexto social generado en Europa occidental por el pensamiento ilustrado, se consolidó el individualismo y un movimiento revolucionario liberal que transformó el orden político, haciendo prevalecer

---

nuevos Estados no rompieron con la forma de pensar que impusieron los países que los colonizaron. La hegemonía cultural es una expresión de las relaciones de poder -o, en los términos de Quijano, un “patrón” de poder- que se produce en muchos ámbitos sociales, como el religioso, el político, el económico y, además, en el del conocimiento, que suele denominarse dominación epistémica porque reproduce y legitima una forma determinada de generar conocimiento que lleva a los dominados a pensar como el que domina -en su lengua y sus paradigmas- y, sobre esas bases, los lleva a pensar los temas de quien domina y, claro, a pensarlos en función de los intereses y estrategias de quien domina. Ese patrón actúa en todos los tiempos, dice Quijano (2000), pero si nos ubicamos en la Modernidad se puede ver en las prácticas del colonialismo que actúan mediante la negación o el silenciamiento de la voz de los pueblos sometidos y de ciertos sectores, pues se trata de una hegemonía que asume el poder de elaborar, reproducir y legitimar el conocimiento y que “subalternizar” y obliteran los conocimientos, experiencias y formas de vida de quienes son así dominados y explotados.

la libertad de pensamiento que resultó esencial para generar los desarrollos de la ciencia moderna<sup>71</sup>.

La ciencia moderna es, pues, hija de un proceso social fundado en la libertad de pensamiento que transformó el orden político y que, al mismo tiempo, propició la emergencia y consolidación del capitalismo y un incremento inusitado de la prosperidad<sup>72</sup>. Por esa razón, Sen (2000) sostiene que el desarrollo de Occidente solo se entiende como un proceso fundado en la ciencia moderna cuyo origen y desarrollo solo fue posible en contextos sociales y políticos de libertad.

Además, la Ilustración condujo a la denominada “revolución industrial”, cuyos orígenes, dimensiones y consecuencias han sido estudiadas por destacados historiadores y economistas, como Hobsbawm (1997), Ashton (1973) y Bendesky (1983), que la definen como el proceso que le permitió a Inglaterra consolidarse como la potencia mundial y como la protagonista de una transformación inusitada del orden global. Lefebvre (1974; 1991) agrega, por su parte, que la revolución industrial trajo consigo una transformación social sin precedentes que produjo, en los países europeos que la experimentaron, el tránsito de una modelo político-económico señorial basado en la tenencia de la tierra, a otro basado en la libertad individual, la acumulación capitalista y la economía de mercado y, en consecuencia, el tránsito hacia una estructura social escindida de obreros y patronos. En

---

<sup>71</sup> Los epistemólogos suelen agregar que las ciencias naturales como la física, la química y la biología, tuvieron origen en el Renacimiento y que las ciencias sociales se comenzaron a configurar durante la Ilustración (Grawitz, 1975; Serres, 1989; Russell, 1991; Wallerstein, 1998; Nicol, 2001).

<sup>72</sup> En los términos de Adam Smith (1997), durante la Ilustración se creó un marco político de abstención frente a las libertades individuales que también se hizo efectivo frente procesos económicos privados, esto es, frente al mercado, que resultó el ámbito social más adecuado para el progreso de la industria, el comercio y la banca, esto es, para el desarrollo de los intereses de la burguesía.

fin, Wallerstein (1983) afirma que con la revolución industrial se configuró un “sistema mundo” que obedecía a la nueva racionalidad capitalista y McEwan (2001), desde su perspectiva, afirmó que esta revolución dio lugar a lo que él denomina “la primera fase de la globalización de la economía de mercado” (p. 47) que produjo un prolongado periodo de paz y prosperidad<sup>73</sup>.

No obstante, tras un siglo de hegemonía económica, Inglaterra entró en una crisis muy profunda porque, como recuerda Hobsbawm (1997), debió afrontar graves problemas: en primer lugar, las consecuencias sociales propias del proceso de industrialización y de la racionalidad capitalista, como la pobreza y el desempleo; en segundo lugar, la reacción proteccionista que se suscitó en el mundo entero y que generó una reducción de las exportaciones industriales inglesas.

Esta decadencia, agrega el historiador británico, permitió a Estados Unidos y Alemania protagonizar la segunda revolución industrial y emerger como nuevas potencias mundiales. Fue la era de la energía eléctrica y de los hidrocarburos y, en consecuencia, la era del ferrocarril, del gran capitalismo y de la consolidación de la burguesía, pues se hicieron grandes inversiones por parte de empresas que se convirtieron en enormes multinacionales (Hobsbawm, 2007). Este período se caracterizó, en primer lugar, por el desarrollo de la ciencia, por importantes hallazgos científicos y por los nuevos rumbos económicos impulsados por la unión entre la tecnología y las grandes empresas industriales y financieras y, en segundo lugar, por transformaciones demográficas, de las relaciones laborales y por la organización de la clase obrera (Hobsbawm, 2007).

---

<sup>73</sup> Como lo ha señalado McEwan (2001), la globalización es un proceso asociado a la primera revolución industrial y al ascenso de Inglaterra como potencia mundial, que puede definirse como un incremento del comercio que rebasó las fronteras estatales y que, en consecuencia, produjo nuevas reglas de organización económica y propició un cambio social, político y cultural de amplias proporciones. Este proceso, que puede denominarse “primera fase de la internacionalización de la economía de mercado” (McEwan, 2001, p. 47) se remonta a tiempos de la revolución industrial y va hasta la Primera Guerra Mundial y la gran depresión, cuando hay un cierre de las fronteras y una disminución del comercio mundial.

Ahora bien, más allá de los inusitados incrementos de bienestar en las sociedades desarrolladas, la Ilustración y las revoluciones industriales no transformaron ni el orden estadocéntrico y soberanista que hizo inminente la guerra, ni el colonialismo que sometió a los países de la periferia, ni el derecho internacional clásico que legitimó esos procesos. En efecto, el contexto económico internacional también trajo transformaciones sustanciales pues los estados desarrollados, movidos por sus élites industriales y para evitar la competencia abierta, hicieron tránsito hacia el proteccionismo (Hobsbawm, 1989).

Se puede afirmar, en consecuencia, que los impresionantes desarrollos científicos, sus aplicaciones industriales y sus impactos económicos no estaban propiciando, como creían los filósofos de la Ilustración, un mundo más creativo y menos violento sino, paradójicamente, un ambiente sombrío para los seres humanos. Este hecho se puede constatar porque esas poderosas corporaciones monopólicas que, como los Estados modernos, son un producto decantado de la racionalidad occidental, instrumentalizaron las estructuras estatales en defensa de sus intereses en un contexto mundial signado por la amenaza permanente de la guerra.

De hecho, lo que se estaba poniendo en evidencia es que la racionalidad occidental abarca una paradoja porque uno de sus aportes más destacados, esto es, la ciencia, terminó siendo instrumentalizado en favor de un modelo económico que trae consigo la explotación y el sometimiento, así como de un modelo político que hace inminente la guerra. En efecto, la Ilustración no transformó ni el capitalismo que somete y explota a los seres humanos, ni el soberanismo del orden global en el que la guerra se hace inminente, ni el derecho internacional clásico que la legitima.

Esto explica que, al finalizar el siglo XIX, el mundo hubiera sido sombrío y violento. Ulianov (1948) sostiene, en este sentido, que el imperialismo tiene unos rasgos que son característicos: el primero es la concentración

de la producción (acumulación capitalista) que conduce a los monopolios; el segundo, la unión de la industria con la banca, que conduce a crear el capital financiero; el tercero, la exportación del capital que conduce a la formación de las uniones monopolistas internacionales.

Entonces, los grupos que están al mando de estas uniones se reparten el mundo instrumentalizando los aparatos estatales en todos los países a donde llegan. Lo que ocurre, en definitiva, es que hay una sustitución de la libre concurrencia por el dominio de los monopolios: “el capital financiero y los *trusts* no atenúan, sino que acentúan la diferencia entre el ritmo de crecimiento de las distintas partes de la economía mundial” (Ulianov, 1948, p. 125). Y si la correlación de fuerzas ha cambiado, ¿cómo pueden resolverse las contradicciones bajo el capitalismo, si no es por la fuerza?<sup>74</sup>.

Además, la ciencia, que, en palabras de los pensadores de la Ilustración, era el instrumento para garantizar el progreso de la humanidad, en los términos de los filósofos de la teoría crítica se puso al servicio de la destrucción y la guerra. Marcuse y su discípulo Habermas propusieron un debate en el que afirman que la racionalidad occidental abarca una paradoja porque sus valores y principios, que habían defendido la libertad y la diversidad, han propiciado un pensamiento hegemónico que ha convertido a las ciencias en expresiones acríticas de la racionalidad humana, esto es, en expresiones de la razón humana que legitiman el statu quo, pero que son incapaces de transformarlo (Marcuse, 1969;1971;1973; Habermas y Marcuse, 1984).

---

<sup>74</sup> El trabajo de Ulianov (1948) ha confirmado que la expansión del capitalismo por el mundo, que se basó en principio en la colonización y el mercantilismo y que con posterioridad ha significado la imposición de unas nuevas reglas de dominación y explotación fundadas en la ciencia, la tecnología, la productividad en serie y la constitución de monopolios, instrumentalizó los aparatos estatales en todos los países que son abarcados por la primera fase de la globalización económica.

Estas razones, y muchas otras que no pueden agregarse en este sucinto análisis, explican que, al finalizar el siglo XX, todas las mentes sensatas anunciaran una guerra de atrocidad y dimensiones nunca vistas.

#### **4. Todos esperaban una terrible Gran Guerra**

La Gran Guerra estalló en 1914 y, tras la devastación de Europa y el triunfo de los aliados, en la Conferencia de Paz de París se discutió la necesidad de limitar la soberanía y de combatir las causas de las guerras. No obstante, las cláusulas del Tratado de Versalles propiciaron una nueva conflagración bélica de proporciones aún mayores. De hecho, la presente reflexión no estaría completa si no se considera que la guerra también se suscita como consecuencia de las ambiciones, los deseos de gloria y la codicia de los seres humanos.

En este sentido, es preciso recordar que, en el Palacio de Versalles, donde en 1871 se había celebrado el triunfo de Prusia sobre el Imperio Francés y se había proclamado el *Segundo Reich* que selló la unificación alemana, Clemenceau, el Primer Ministro y Jefe de Estado de la Tercera República Francesa, promovió con empeño apasionado medidas que condujeron a una nueva conflagración bélica porque las condiciones impuestas a los Imperios vencidos (la desaparición del Imperio Austro-Húngaro y del Imperio Turco Otomano y, además, el sometimiento del Imperio Alemán a aceptar toda la culpa por la guerra), tendrían como consecuencia otra guerra de dimensiones y consecuencias aún más graves mayores (May, 1966; Procacci, 1968; Vidalenc, 1973; Helmreich, 1974; Taylor, 1992; Díez-Espinosa, 1994; Hobsbawm, 1995; Van der Veer y Lehmann, 1999; Bass, 2002; Keynes, 1987; Clark, 2012; Stevenson, 2013<sup>75</sup>).

---

<sup>75</sup> Como lo han demostrado muchos filósofos, sociólogos, economistas y analistas de las relaciones internacionales, las cláusulas del Tratado de Versalles dieron origen a una nueva conflagración de dimensiones aún mayores (May, 1966; Procacci, 1968; Vidalenc, 1973; Helmreich, 1974; Taylor, 1992; Díez-Espinosa, 1994; Hobsbawm, 1995; Van der Veer y Lehmann, 1999; Bass, 2002; Keynes, 1987; Clark, 2012; Stevenson, 2013).

Keynes (1987) demuestra, en este sentido, que la Gran Guerra no fue la obra atroz y exclusiva de un país, sino consecuencia del denominado “imperialismo económico” de finales del siglo XIX, esto es, de la acumulación de capitales, de la fragilidad del sistema económico europeo que generaba inestabilidad, de la dependencia de ese sistema para su aprovisionamiento del nuevo mundo y, además, del incremento de las precariedades la clase obrera y de sus demandas. Se colige, pues, que el genial pensador británico propuso una crítica a la tesis de Cláusewitz, según la cual, la guerra es un asunto político<sup>76</sup> (Von Cláusewitz, 1984) y advirtió que, para interpretar la Gran Guerra y los acontecimientos que le sucedieron, es necesario considerar que también hay causas económicas de la guerra<sup>77</sup>.

## **5. El derecho internacional contemporáneo: ¿supraestatalidad o multilateralidad?**

Se colige, pues, que el Tratado de Versalles prolongó el orden global estadocéntrico y soberanista y, en vez de convertirse en el instrumento jurídico de transformación de las causas de la guerra, fue el promotor de una conflagración bélica de proporciones y atrocidad aún mayores. De

---

<sup>76</sup> La acepción que suele citarse de este militar y analista de la guerra prusiano es que la guerra es la continuación de la política por otros medios. Más allá del cinismo que suelen atribuirle, Cláusewitz es fundador de un análisis racional de los conflictos bélicos y, en este sentido, proponía que la guerra moderna debe entenderse como un acto político (Von Cláusewitz, 1984).

<sup>77</sup> Durante la segunda mitad del Siglo XIX, dice Keynes (1987), se suscitaron muchas dinámicas políticas, económicas y sociales relacionadas entre sí que propiciaron el estallido de esa conflagración bélica: en primer lugar, considera que los gobiernos, movidos por la mutua desconfianza, promovieron estrategias de defensa y procesos armamentistas que hicieron crecer las cifras del endeudamiento público trayendo consigo fortísimas presiones inflacionarias; en segundo lugar, considera que las fuerzas productivas se orientaron a la producción de armamentos generando una escasez de los bienes de consumo que afectó a los estratos más bajos de la sociedad; en tercer lugar, considera que los imperios, que dependían de la producción de materias primas baratas en sus colonias, incurrieron en costos de producción y transporte que se elevaron como consecuencia de las hostilidades, pues muchas rutas marinas estaban en disputa.

hecho, los procesos que desencadenaron la Segunda Guerra Mundial, así como las terribles vicisitudes de una sociedad humana que había aprendido a utilizar los impresionantes desarrollos científicos para su propia destrucción, son de amplio debate en los libros de historia, lo que exime a quien escribe estas líneas de hacer su lamentable descripción.

Lo que sí se puede recordar es que, tras el nuevo triunfo de los aliados, se impuso una consciencia de la humanidad dirigida a poner límites a la soberanía estatal y a proscribir definitivamente la guerra. En efecto, entre las ideas que enriquecieron el debate de ese entonces, estaban las tesis cosmopolitas de Kant (1979: 2003), promovidas por los idealistas y referidas a la necesidad de establecer un orden supraestatal que pusiera límites al poder de los Estados. No obstante, ante la realidad que se observaba entonces, esto es, la de unos Estados que, convertidos en potencias tras la conflagración bélica, seguían prevaleciendo, la tesis que terminó imponiéndose fue la de un orden multilateral, como el que propusieron Kelsen (2008) y Verdross (1957)<sup>78</sup>.

Este fue, en efecto, el enfoque jurídico que prevaleció entonces y, en consecuencia, el que le dio fundamento al tránsito del derecho internacional clásico al derecho internacional contemporáneo, pues fue en este corto y prolífero momento de la historia del siglo XX cuando se consolidaron tres procesos esenciales: en primer lugar, el establecimiento desde 1944, en la Conferencia Económica Internacional de Bretton Woods, de instituciones multilaterales para regular los aspectos financieros, monetarios y comerciales de las relaciones entre los Estados; en segundo lugar, el establecimiento en 1945, en San Francisco, de un sistema colectivo de seguridad internacional, también de origen multilateral, que proscribió la guerra y

---

<sup>78</sup> Kelsen (2008) y su discípulo Verdross (1957) afirmaban que, frente a la imposibilidad de establecer un orden supraestatal como el que propuso Kant, era preciso promover consensos basados en la cooperación internacional que dieran lugar al establecimiento de organizaciones multilaterales con una entidad jurídica fundada en la cesión de competencias soberanas.

la amenaza de la guerra; y, en tercer lugar, la protección internacional de la dignidad humana desde 1948, esto es, el establecimiento del sistema multilateral de protección de los derechos humanos en la Conferencia Internacional de París (Glanzer, 2001; Vela, 2005; 2019).

En otras palabras, lo que se puede advertir es que, a mediados del siglo XX se estableció una limitación jurídica a la soberanía, pues las competencias soberanas y exclusivas del Estado referidas a la seguridad, a la economía y a la dignidad humana, pasaron a ser competencias compartidas con organizaciones multilaterales. No obstante, ni entonces ni ahora se puede asegurar que las organizaciones internacionales establecidas por acuerdos entre Estados pudieran estar por encima de los Estados más fuertes e impedir que se susciten, una vez más, las causas políticas y económicas de la guerra y, además, impedir que la ciencia y sus avances descomunales se pongan al servicio de la destrucción de los seres humanos.

## **6. Idealistas y realistas constataron la misma realidad que habían estudiado Heródoto y Tucídides en la antigüedad**

Para ilustrar el orden político de la Modernidad, conformado por Estados-nación, se puede hacer alusión a los debates de la Antigüedad griega que se suscitaron entre Heródoto (Halicarnaso, 484 a.C.) y su discípulo Tucídides (Atenas, 460 a.C.). El orden político, dicen estos dos historiadores de la Grecia Clásica, estaba conformado por diversas polis (por diversos Estados-nación, dirían los pensadores modernos) que establecieron relaciones basadas en la mutua desconfianza que las condujo, de manera ineluctable, a atroces conflictos armados (Heródoto, 1968; Tucídides, 2010).

Ahora bien, Heródoto (1968) sostenía que esas guerras terminaron con *anfíctionas* (acuerdos de paz) que se fundaban en el deseo de construir un mundo mejor. Tucídides (2010), por el contrario, insistía en que esas

*anfictionas* solo eran armisticios condenados a romperse en un proceso continuo de desconfianzas y tensiones que hicieron de la guerra un ciclo constante, porque cada *polis* (cada Estado-nación, podría decirse en tiempos modernos) se fía en exceso de sus propias fuerzas y habilidades para imponerse.

En efecto, los principios y las normas del derecho internacional contemporáneo suscitan una reflexión propuesta por los idealistas seguidores de Heródoto y de Kant: ¿podían los Estados, que habían nacido afirmando su soberanía, principio que se remonta a la Guerra de los Treinta años y a la firma de la paz de los territorios de Westfalia, establecer un orden internacional dirigido a limitar de manera efectiva su soberanía y para evitar la guerra?, ¿son la multilateralidad y el derecho internacional contemporáneo, instrumentos eficaces para afrontar los desafíos del Siglo XXI referidos a la investigación científica y a la utilización de la tecnología?

Russell (1952) sostiene, en este sentido, que la ruptura de la ciencia con la filosofía y su atomización en especializaciones fragmentó los debates, los diálogos y los acuerdos de los académicos, generando un incremento de los conocimientos especializados, pero disminuyendo los saberes. De esta manera, el filósofo británico colige dos conclusiones: la primera, que la ciencia perdió su sentido crítico y se puso al servicio de la dominación y la guerra (Russell, 1991); la segunda, que la ciencia, en vez de liberar al ser humano, se convirtió en un mecanismo para su sometimiento: la ciencia tiene una impresionante capacidad transformadora, pero esa capacidad ha condicionado al ser humano, lo ha puesto al servicio del poder convirtiéndolo en un instrumento de la productividad y en una víctima de la guerra (Russell, 1983).

Los pensadores de la teoría crítica proponen una argumentación diferente, pero llegan a la misma conclusión: Adorno y Horkheimer (1998), por ejemplo, afirman que las ciencias tomaron el camino de la especialización que fragmentó la realidad, de manera que la sociedad moderna

aprendió a producir y demandar conocimientos científicos especializados que se han puesto al servicio de la tecnología, de la revolución industrial y de la guerra, en perjuicio de los saberes integrales que se refieren a las más sentidas cuestiones de la especie humana que propone la filosofía.

Marcuse (1979), por su parte, afirma que la humanidad logró un desarrollo de la ciencia y de la técnica que le permitió un dominio creciente sobre la naturaleza y, por este camino, una satisfacción creciente de sus necesidades materiales. No obstante, advierte, esto se ha hecho a costa de una renuncia de aspectos fundamentales de la vida, como los debates sobre la filosofía, la ética y la estética que se ven reemplazados por una actitud epistemológica que reduce la verdad al conocimiento científico, convirtiendo la realidad y el ser humano mismo en cosas plenamente analizables que, no obstante, dejan de tener sentido<sup>79</sup>. Estas reflexiones le permiten colegir que la civilización occidental desarrolló una racionalidad fundada en los conocimientos científicos que, en vez de liberar al ser humano, se han puesto al servicio de la productividad, la explotación, el dominio y la guerra (Marcuse, 1979)<sup>80</sup>.

Arendt (2005) también insiste en que el orden social humano se ha estructurado racionalmente, pero que la razón se puso al servicio del poder y la guerra. Desde tiempos inmemoriales, dice, la violencia ha desempeñado una función esencial en los asuntos humanos, y ésta se ha legitimado como un medio para que el más fuerte se imponga sobre el más débil apropiándose de su territorio para expandir su dominio, o para establecer prácticas políticas y económicas de sometimiento, de despojo, de explotación o de exclusión social.

---

<sup>79</sup> “...la verdad se reduce al conocimiento científico y de esta suerte, la realidad y el hombre son plenamente analizables, pero dejan de tener sentido” (Marcuse, 1979, p. 19).

<sup>80</sup> Marcuse (1979) sostiene que “el sistema productivo gobernado por la racionalidad científica, satisface mejor que otro alguno las necesidades de los hombres, pero, al mismo tiempo, ejerce un control total sobre una sociedad que contiene y reprime todo pensamiento alternativo y toda fuerza revolucionaria” (p. 11).

Lo que se advierte en este trabajo es, pues, que el derecho internacional contemporáneo no ha logrado limitar la soberanía estatal con eficacia, ni prevenir, ni afrontar los impactos derivados de los avances de la ciencia (hallazgos o invenciones) que pueden resultar negativos para la dignidad humana y para el orden social, porque la racionalidad de la política internacional, que es la que promueve la creación de los tratados internacionales, se basa en la cooperación que solo se alcanza mediante consensos, esto es, mediante la voluntad conjunta de los Estados-nación que, por su naturaleza, son celosos de su soberanía y, además, son artífices de políticas exteriores que obedecen a intereses y estrategias que no siempre coinciden con el bien común o el interés general.

Estas advertencias de los idealistas se hacen más agudas con el paso del tiempo porque la multilateralidad que se estableció a mediados del Siglo XX se ha debilitado y, una vez más, el Mundo hace un giro hacia atrás, fortaleciendo el soberanismo que promueve la anarquía y que hace inminente las guerras<sup>81</sup>. Por esa razón, un filósofo estadounidense como Rawls (2011) propuso una reflexión que coincide de manera asombrosa con las tesis de Kant y de Russell, de acuerdo con la cual, la sociedad humana sólo podrá vivir en paz cuando proscriba definitivamente la guerra, cuando termine con la pobreza y las desigualdades, y cuando evite los abusos contra los derechos humanos<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Una explicación más pormenorizada del proceso de “regreso” hacia el soberanismo se puede encontrar en Vela, B. (2019). Heródoto y Tucídides. Una interpretación de las dinámicas sociales soberanistas que han vuelto a prevalecer en el Siglo XXI. En E. Tremolada (Ed.). *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Ius Cogens 7. Universidad Externado de Colombia.

<sup>82</sup> Rawls no propuso un análisis referido específicamente a la paz, pero en sus escritos sobre la justicia se pueden apreciar sus fundamentos kantianos porque propone que la paz es una consecuencia de la justicia y, en este sentido, que ésta es el valor que debe promover el consenso entre los pueblos para generar la convivencia en una sociedad diversa. Esto explica que en sus tesis sobre la “guerra justa”, Rawls se dedique a restringir al máximo el recurso a la guerra, puesto que solo se justifica cuando es necesaria para la

Los realistas, por su parte, no se alejan de las tesis de los idealistas porque sus análisis recaen sobre el mismo problema. De hecho, Morgenthau (1986), el padre del realismo contemporáneo, recuerda al historiador griego Tucídides cuando afirma que en el orden global estadocéntrico que prevalece en el mundo moderno, el comportamiento de los Estados-nación es el producto de la racionalidad derivada del soberanismo, la interdependencia y la anarquía y, en consecuencia, de la desconfianza recíproca que los conduce de manera inexorable a la guerra porque cada uno actúa con una política exterior que busca mantener su poder, aumentarlo y demostrarlo.

Los juristas que siguen los paradigmas del realismo, insisten en el mismo problema porque identifican el derecho con la fuerza estatal: el derecho, dicen Pattaro (1986) y Hierro (1981), está formado por las reglas impuestas por la autoridad estatal que solo puede obedecer a los intereses de los Estados.

## **Conclusiones**

El genial poeta Schiller (2014), refiriéndose a la Guerra de los Treinta Años, sostuvo que esa fue la conflagración bélica más devastadora porque se suscitó cuando las armas de fuego se empezaban a sofisticar, incrementando la capacidad de destrucción de los combatientes, lo que trajo consigo resultados devastadores: los campos se despoblaron, las ciudades quedaron arrasadas y los sobrevivientes heredaron el horror de las atrocidades y, en algunos casos, los odios y los deseos de venganza que son difíciles de superar.

Esta reflexión de Schiller suscita algunas cuestiones que se habían propuesto desde los orígenes de la Modernidad y que siguen abiertas en

---

defensa de una agresión o cuando es preciso impedir una grave violación de los derechos humanos. En todo caso, agrega que durante la guerra se deben observar los principios sobre la conducción de las hostilidades y sobre el respeto de las víctimas (Rawls, 2011).

el siglo XXI: ¿es posible someter la racionalidad estatal, fundada en el soberanismo, a un régimen jurídico multilateral que debe fundarse en la cooperación? Esta cuestión se puede proponer en los términos de Kant, quien, en su tiempo, fue maestro de Schiller: ¿es posible pedirle a los Estados, que nacieron bajo el absolutismo renacentista y, en ese sentido, en la afirmación de su soberanía y en la negación de un orden superior a ellos, que establezcan límites a su propia soberanía, en aras de construir un orden supraestatal fundado en la solidaridad y que actúe en favor de la dignidad humana?

Estas reflexiones están detrás de la propuesta que Kelsen hizo a mediados del Siglo XX para alcanzar la paz en el mundo, y fue entendida, por algunos de sus críticos, desde la perspectiva del realismo; esto es, como una postura pragmática y positivista frente a una coyuntura en la que los Estados seguían siendo los sujetos que tenían el poder para decidir. Sin embargo, las tesis de Kelsen también se pueden presentar desde la perspectiva idealista y crítica porque constituyeron un paso hacia la utopía cosmopolita de Kant. En efecto, sus tesis no alcanzaron a estructurarse como el orden supraestatal que propuso el filósofo prusiano durante la Ilustración, pero sí dieron lugar al multilateralismo propio del mundo contemporáneo porque, cuando el profesor checo ya estaba en Estados Unidos como profesor en la Universidad de California en Berkeley, y la Segunda Guerra Mundial había terminado, el orden internacional siguió sometido a los Estados que eran, en ese momento, y aún en nuestros días, los sujetos que podían establecer el derecho internacional.

Ahora bien, cuando, por fin, en 1945 se proscribió la guerra y se hizo tránsito al derecho internacional contemporáneo, se puede proponer de nuevo la misma cuestión: ¿pueden los organismos multilaterales establecer límites a las potencias e impedir que recurran a la guerra y que pongan los desarrollos de la ciencia al servicio de su poder bélico?

En efecto, Aron (1961) insiste en que la Carta de San Francisco no logró superar la inestabilidad propia de un orden global que tras la Segunda Guerra Mundial siguió obedeciendo a la razón de Estado y al soberanismo. Por su parte, los padres fundadores de la teoría crítica, en un trabajo de actualidad inquietante se preguntan: ¿por qué la humanidad, en lugar de entrar en un estado verdaderamente humano, se hunde en un nuevo género de barbarie? (Adorno y Horkheimer, 1998).

En fin, a solo diez años de haber terminado la Segunda Guerra Mundial, Russell y Einstein (Como se citó en Dawsey, 2023) insisten que en 1945 se ganó la guerra, pero no se alcanzó la paz, y por esa razón proponían una pregunta perturbadora: ¿podrá la humanidad renunciar a la guerra, o pondremos fin a la raza humana?<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> En efecto, tras diez años de haber culminado la conflagración bélica, y pese a que la Carta de San Francisco proscribió la guerra, Russell, Einstein y otros sabios destacados de la época se unieron para insistir en un llamado a la cordura con un manifiesto que expresaba la misma cuestión que propusieron los historiadores de la Antigüedad: ¿podrá la Humanidad renunciar a la guerra, o pondremos fin a la raza humana? Este “Manifiesto por la paz” se hizo público una década después de la denominada Segunda Guerra Mundial, conflicto bélico que, en criterio de ellos, se había producido en una sociedad de estados soberanos cuya estructura política y modelo de desarrollo seguían obedeciendo a la razón de Estado (Dawsey, 2023).

## **REFERENCIAS**

- Adorno, T. y Horkheimer, M. (1998). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*. Trotta.
- Agamben, G. (2003). *Stato di eccezione* [Estado de excepción]. Bollati Boringhieri.
- Arendt, H. (2005). *Sobre la violencia*. Alianza Editorial.
- Ashton, T. S. (1973). *La Revolución Industrial*. Fondo de Cultura Económica.
- Bass, G. (2002). *Stay the hand of vengeance. The Politics of war crimes tribunals*. Princeton University Press.
- Bendesky, L. (1983). Espacio, tiempo y economía: la tradición de Adam Smith. *Investigación Económica*, (165), 93-115. <https://biblat.unam.mx/hevila/Investigacioneconomica/1983/vol42/no165/6.pdf>
- Bloch, E. (1977). *El Principio Esperanza*. Aguilar.
- Barcala, A. (1990). La Edad Media. En F. Vallespín. (Ed.). *Historia de la Teoría Política*, 1, (pp. 217-324). Alianza Editorial.
- Cassirer, E. (1993). *Antropología filosófica*. Fondo de Cultura Económica.
- Clark, C. (2014). *Sonámbulos. Cómo Europa fue a la guerra en 1914*. Círculo de Lectores.
- Dawsey, J. (2023, 11 de agosto). *Standing against “Universal Death”: The Russell-Einstein Manifesto* [En contra de la “muerte universal”: el Manifiesto Russell-Einstein. The National WWII Museum. <https://www.nationalww2museum.org/war/articles/russell-einstein-manifesto-standing-against-universal-death>
- De Sousa Santos, B. (2005). *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Trotta.

- De Sousa Santos, B. (2018). *Una epistemología del SUR*. Siglo XXI Editores.
- Del Águila, R. (1991). Maquiavelo y la teoría política renacentista. En F. Vallsespín. (Ed.). *Historia de la Teoría Política*, 2 (pp. 69-170). Alianza Editorial.
- Díez Espinosa, J. (1994). *Sociedad y cultura en la República de Weimar: el fracaso de una ilusión*. Ediciones Universidad de Valladolid.
- Dussel, E. (1994). 1492. *El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del “mito de la modernidad”*. Plural Editores y Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación Universidad Mayor de San Andrés. <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111218114130/1942.pdf>
- Dussel, E. (2000). Europa, modernidad y eurocentrismo. En E. Lander. (Ed.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales* (pp. 24-33). Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf>
- Dussel, E. (2022). *Filosofía de la Liberación. Una Antología*. Akal.
- Fabara, J. (2021). El Movimiento de los No Alineados (MNOAL) como foro y brújula de las relaciones internacionales del Ecuador. *Tsafiqui Revista Científica en Ciencias Sociales*, (16), 119-128. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8270512>
- Frank, A. y Gills, B. (1992). The five-thousand-year world system. *Humboldt Journal of Social Relations*, 18(1), 1-79. <https://www.jstor.org/stable/23262626>
- Frazer, J. (1944). *La Rama Dorada*. Fondo de Cultura Económica.
- Gaarder, J. (1995). *El Mundo de Sofía*. Siruela y Norma.
- Galán, E. (1945). *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Giddens, A., Turner, J., Otros. (2001). *La teoría social hoy*. Alianza Universidad.
- Gilhodes, P. (2003). América Latina, más que un concepto. En: A. Olano Alor. (Ed.). *América Latina: herencias y desafíos*. Universidad Externado de Colombia.

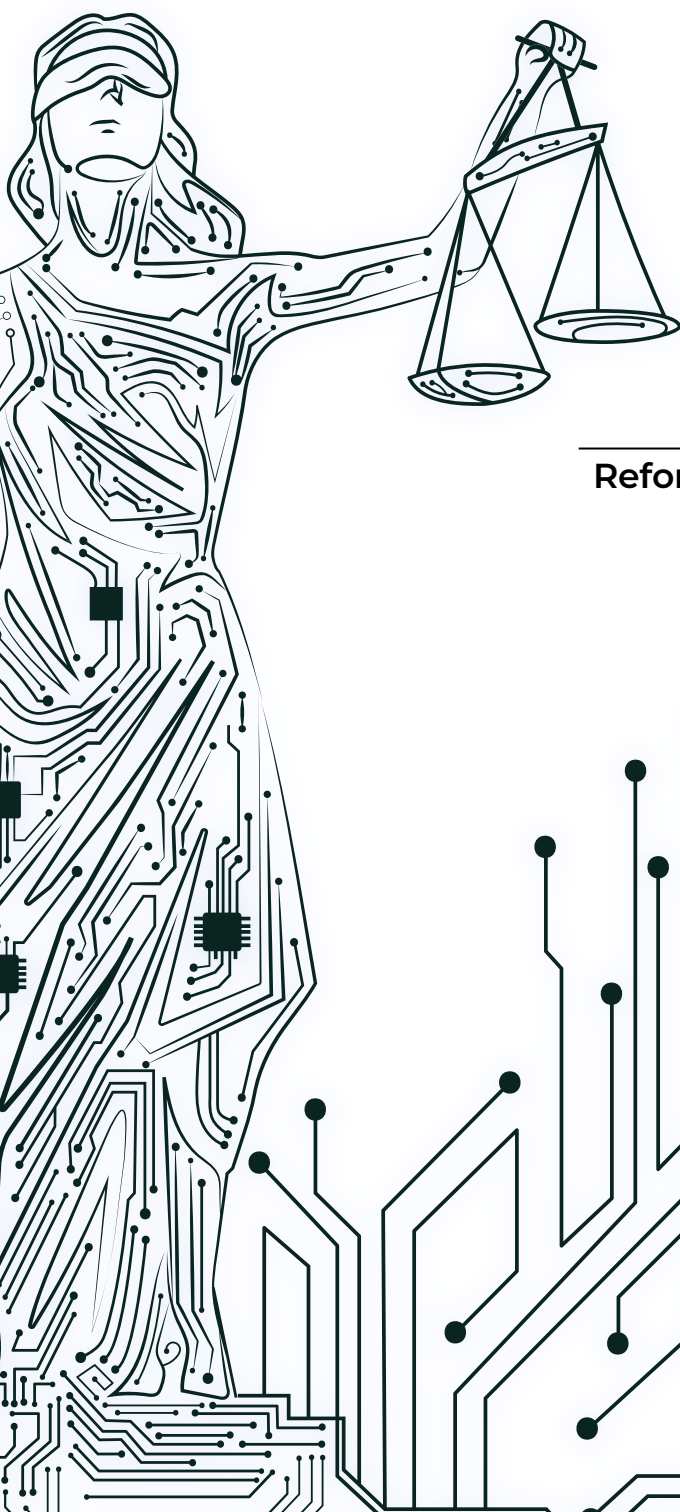
- Glanzer, H.P. (2001). *An Agenda for Development* [Una Agenda para el Desarrollo]. En F. Cede y L. Sucharipa. (Eds.). *The United Nations. Law and Practice* [Naciones Unidas. Derecho y Práctica]. Kluwer Law International.
- Grawitz, M. (1975). *Métodos y técnicas de las ciencias sociales*. Editorial Hispano Europea.
- Habermas, J. y Marcuse, H. (1984). *Ciencia y Técnica como Ideología*. Tecnos.
- Helmreich, P. (1974). *From Paris to Sèvres: The Partition of the Ottoman Empire at the Peace Conference of 1919–1920* [De París a Sèvres: La partición del Imperio Otomano en la Conferencia de Paz de 1919-1920]. Ohio University Press.
- Heródoto. (1968). *Los nueve libros de la historia*. Iberia.
- Hessen, J. (1981). *Teoría del Conocimiento*. Espasa Calpe.
- Hierro, L. (1981). *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*. Editorial Fernando Torres.
- Hobsbawm, E. (1989). *La era del imperio 1875-1914*. Editorial Labor.
- Hobsbawm, E. (1992). *Naciones y nacionalismos desde 1780*. Crítica.
- Hobsbawm, E. (1995). *Historia del siglo XX (1914-1991)*. Crítica.
- Hobsbawm, E. (1997). *La era de las revoluciones 1789-1848*. Crítica.
- Hobsbawm, E. (2007). *La era del capital 1848-1914*. Crítica.
- Kant, I. (1979). *La paz perpetua* (2ª ed.). Espasa Calpe.
- Kant, I. (2003). *El Conflicto de las Facultades*. Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (2008). *La paz por medio del derecho* (2ª ed.). Trotta.
- Keynes, J. (1987). *Las consecuencias económicas de la paz*. Crítica.
- Lefebvre, H. (1974). *Problemas de sociología rural. De lo rural a lo urbano*. Ediciones Península.

- Lefebvre, H. (1991). *The Production of Space* [La producción del espacio]. Blackwell.
- Marcuse, H. (1969). *El hombre unidimensional*. Seix Barral.
- Marcuse, H. (1971). *Para una Teoría Crítica de la Sociedad*. Tiempo Nuevo.
- Marcuse, H. (1973). *Un ensayo sobre la liberación*. Joaquín Mortiz.
- Marcuse, H. (1979). *Ensayos sobre política y cultura*. Editorial Ariel.
- Martínez, J. (1987). *Historia de la descolonización 1919-1986. Las independencias de Asia y África*. Istmo.
- May, A. J. (1966). *The passing of the Habsburg Monarchy, 1914-1918, Volume 1* [El fin de la Monarquía de los Habsburgo, 1914-1918, Volumen 1]. University of Pennsylvania Press.
- Mayer, A. (1981). *The Persistence of the Old Regime: Europe to the Great War* [La Persistencia del Antiguo Régimen: de Europa a la Gran Guerra]. Pantheon Books.
- McEwan, A. (2001). *¿Neoliberalismo o democracia? Estrategia económica, mercados y alternativas para el siglo XXI*. Intermón Oxfam.
- Mignolo, W. (2003a). *The Darker Side of the Renaissance. Literacy, Territoriality & Colonization* [El lado oscuro del Renacimiento. Alfabetización, Territorialidad y Colonización] (2ª ed.). The University of Michigan Press.
- Mignolo, W. (2003b). *Historias locales/Diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*. AKAL.
- Mignolo, W. (2007). *La idea de América Latina. La herida decolonial y la opción decolonial*. Gedisa.
- Morgenthau, H. (1986). *Política entre las naciones: la lucha por el poder y la paz*. Grupo Editor Latinoamericano.
- Nicol, E. (2001). *Los principios de la ciencia*. Fondo de Cultura Económica.

- Pattaro, E. (1986). *Elementos para una teoría del derecho*. Debate.
- Procacci, G. (1968). Italia: del intervencionismo al fascismo, 1917-1919. *Revista de Historia Contemporánea*, 3(4), 1918-19.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina. En E. Lander. (Comp.). *La Colonialidad del Saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 201-246). CLACSO. <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf>
- Rawls, J. (2011). *El derecho de gentes* (H. Valencia, Trad.). Paidós.
- Raymond, A. (1961). *Dimensions de la conscience historique* [Dimensiones de la conciencia histórica]. Éditions Plon.
- Rey, F. (2005). A la sombra de las guerras justas. El orden internacional y la acción humanitaria, de Fabrice Weissman. En M. Lara del Vigo, R. Sosa y E. Velasco. (Eds.). *Papeles de cuestiones internacionales. Seguridad humana y prevención del genocidio: desafíos internacionales* (pp. 122-124). Icaria Editorial.
- Ruiz- Domènec, J. (2010). *Europa. Las claves de su historia*. RBA Libros.
- Ruiz, E. (1973). *Subdesarrollo y Liberación*. Alianza.
- Russell, B. (1938). *Power: a New Social Analysis* [Poder: un Nuevo Análisis Social]. Routledge.
- Russell, B. (1952). *El impacto de la ciencia en la sociedad*. Aguilar.
- Russell, B. (1983). *La perspectiva científica*. R. P. Editoriales.
- Russell, B. (1991). *Los problemas de la filosofía*. Oxford University Press
- Schiller, F. (2014). *Guerra europea de Treinta Años (1618-1648)*. Nabu Press.
- Schmidt, P. (2012). La paz de Westfalia. En F. Novoa y F. Villalba. (Coords.). *Historia de Europa a través de sus documentos* (pp. 102-119). Lunwerg Editores.

- Schwarzenberger, G. (1951). *Power Politics* [Política de poder] (2ª ed.). Jonathan Cape.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Editorial Planeta.
- Serres, M. (1989). *Historia de las ciencias*. Ediciones Cátedra.
- Smith, A. (1979). *Indagación acerca de las causas y de la naturaleza de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica.
- Stevenson, D. (2013). *1914-1918. Historia de la Primera Guerra Mundial*. Círculo de Lectores.
- Taylor, A. (1992). *La monarquía de los Habsburgo, 1809-1918*. Crítica.
- Tenenti, A. (2000). *La Edad Moderna. Siglos XVI-XVIII*. Editorial Crítica.
- Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y los Estados europeos 990-1990*. Alianza Universidad.
- Touchard, J. (1998). *Historia de las ideas políticas*. Tecnos.
- Toynbee, A. (1963). *Estudio de la Historia*. Edhasa.
- Truyol y Serra, A. (1998). *La sociedad internacional*. Alianza Universidad.
- Tucídides. (2010). *Historia de la Guerra del Peloponeso*. Porrúa.
- Van der Veer, P. y Lehmann, H. (1999). *Nation and religion: perspectives on Europe and Asia* [Nación y religión: perspectivas sobre Europa y Asia]. Princeton University Press.
- Vela, B. (2005). *El declive de los fundamentos económicos de la paz*. Universidad Externado de Colombia.
- Vela, B. (2019a). *Poder, hegemonía y periferia. Una aproximación crítica al derecho internacional clásico*. Universidad Externado de Colombia.
- Verdross, A. (1957). *Derecho internacional público*. Aguilar.

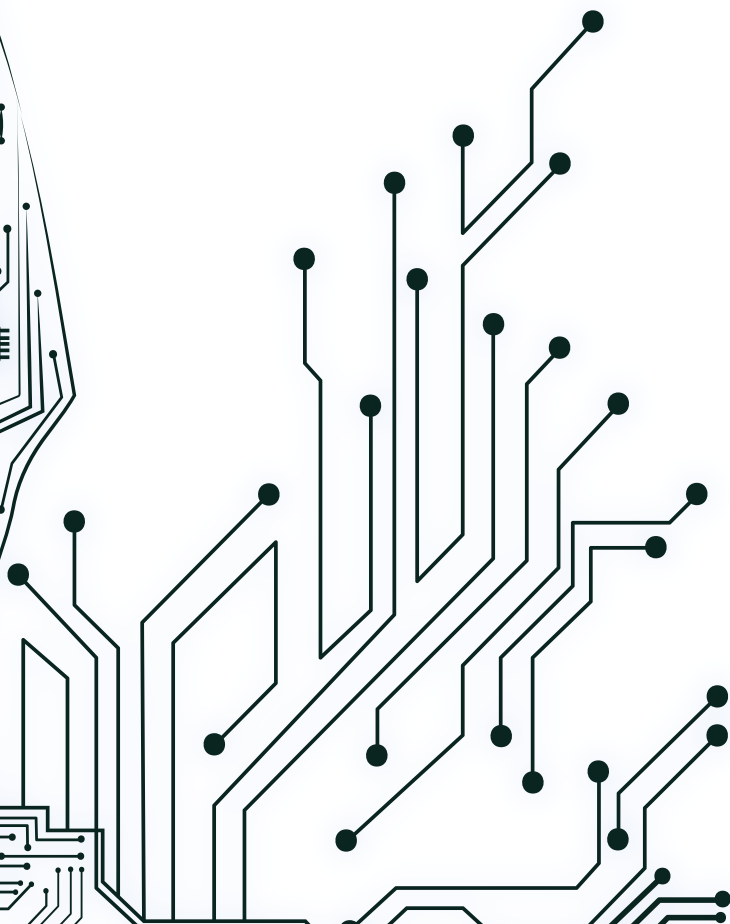
- Vidalenc, J. (1973). *L'Europe danubienne et balkanique: 1867-1970* [La Europa del Danubio y los Balcanes: 1867-1970]. Masson.
- Von Clausewitz, K. (1984). *De la guerra*. Editorial Labor.
- Ulianov, V. I. (1948). *Lenin. Obras escogidas*. Ediciones en Lenguas Extranjeras.
- Wallerstein, I. (1984). *El moderno sistema mundial*. Siglo XXI Editores.
- Wallerstein, I. (1998). *Abrir las ciencias sociales. Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales*. Siglo XXI Editores.
- Weber, M. (1984). *El político y el científico*. Alianza Universidad.



## **CAPÍTULO TRES**

---

**Reformas, servicio público y  
responsabilidad social**



## **La ley de la universalidad desde el servicio público: el saber ser**

---

**María Alexandra Ruiz Cabrera**

### **Resumen**

Este escrito tiene por finalidad volver a las bases, a la esencia de un autor indiscutiblemente necesario para tratar los temas de humanidad y dignidad, como lo es Kant. A partir del primer imperativo que él aportó, aquel de la Ley Universal, se busca anclar a tiempo presente la vocación del servicio público y el flagelo que lo está corroyendo, que es la corrupción. Para lograrlo se incorporará una metodología cualitativa, todo ello en busca de alcanzar profundidad con los conceptos que se tratan y describir una situación latente en Colombia, de tal suerte que se hará un análisis de bibliografía y eventos noticiosos que median el conocimiento moderno con las situaciones contemporáneas. Finalmente, se busca asentar una nueva apuesta entre lo óntico y lo deóntico, el del saber ser, como un concepto de servicio libre y apasionado.

**Palabras clave:** imperativos categóricos, actualidad, universal, corrupción, saber ser.

### **Abstract**

This writing aims to return to the basics, to the essence of an author who is unquestionably necessary to deal with the issues of humanity and dignity, as is Kant. Starting from the first imperative that he contributed, that of Universal Law, it seeks to anchor in the present time the vocation of public service and the scourge that is corroding it, which is corruption. To achieve this, a qualitative methodology will be incorporated, consistent

with reaching depth with the concepts that are dealt with and describing a latent situation in Colombia, through the analysis of bibliography and news events that mediate modern knowledge with contemporary situations. Finally, it seeks to establish a new bet between the ontic and the deontic, that of 'knowing how to be', as a concept of free and passionate service.

**Keywords:** categorical imperatives, present, universal, corruption, know how to be.

## Introducción

El momento es ahora y la transformación es imperiosa, porque es el presente en el que se vive y en el que se va a poder disfrutar; de tal manera, que no se debe procrastinar con la tarea social. Lo que se anhela con estas pocas líneas es traer de vuelta al inolvidable Kant con su obra titulada *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, donde recogió los múltiples imperativos categóricos que se han citado para estudiar en este trabajo, siendo el primero de ellos el de obrar de tal manera que se vuelva ley universal (Kant, 1785). Esta máxima constituye un lineamiento fácil de conducta, encontrado en muchos campos. Con la necesidad de atarlo a lo actual, se tratará un tema complejo: la corrupción, derivando de este el compromiso de los servidores públicos y el desarrollo del concepto del saber ser.

Para alcanzar el objetivo, en un primer apartado se tratarán la consistencia y las críticas de la ley universal referida, y en lo sucesivo, se trabajará en lo que es el servicio público y el flagelo de la corrupción en la actualidad. Por último, se realizará una propuesta básica, pero que se considera imprescindible, y desde un llamado a lo simple, a lo sencillo, a las cosas pequeñas: el saber ser de los servidores públicos, para acoplar todo su actuar al principal imperativo categórico, desdeñando el imperativo hipotético y, lograr así, un trabajo armonioso y decidido desde la voluntad.

## **1. El hoy**

Siempre se ha escuchado precisar que “todo tiempo pasado fue mejor”, frase con la que no se concuerda, pues cada momento ha traído sus propios aciertos, situaciones por revisar y otras de barbarie. Si bien otros tiempos han visto florecer grandes imperios, en lo que respecta a las glorias de los sultanes, de los guerreros romanos, Grecia y sus pensadores, así como también en lo atinente a los sujetos místicos que habitaron las tierras de las américas, siendo de suma importancia su aporte cultural y sus saberes ancestrales; todo esto estuvo matizado con actos lamentables materializados en episodios de degradación, donde la persona era sometida a crueldad como medio para fines de prevención, de sometimiento y hasta de diversión, la disminución del papel de la mujer, cargas puestas sobre su representación en la vida familiar, social y pública, y grandes afrentas contra caras garantías que hoy en el mundo occidental se consideran irrepetibles.

Bajo ese entendido, en cuanto a la línea cronológica y hasta cíclica del tiempo, cabe recordar que el transcurso del tiempo no se concibe igual, pues el tiempo en el derecho es cronológico y ordenado, entre tanto que, en los trabajos de la memoria, el tiempo es cíclico y cambiante (Jelin, 2012), con todo ello se puede llegar a concluir algo irrefutable y es que, cualquier modificación que se quiera incorporar, no puede ser novedosa, pero si importante porque cobija al presente, y se trata justamente del aquí y del ahora, donde una vez más, se debe reflexionar en torno al papel del ser humano, al papel de la humanidad, al papel de la relación con la naturaleza, más aún cuando autores como Storini y Quizhpe (2025) han propuesto que se asuma al derecho y a la economía como instituciones que pueden estar centradas en la vida, tanto del sujeto como de la naturaleza, y finalmente a la forma imperativa en que se debe pensar y actuar.

Pese a la necesidad irrestricta de examinar el presente, tampoco se puede dejar de lado a pensadores que han delineado el camino respecto a contenidos tan sublimes que irónicamente pasan desapercibidos, porque

se los da por tratados, incluso por revaluados atendiendo a la necesidad de lo nuevo, entre lo que se incluye a los saberes. En ese orden, el emblemático Kant (1785), en su obra titulada *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, plantea aspectos que hoy reclaman ser retomados, como, por ejemplo:

La buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice ni por su aptitud para alcanzar algún determinado fin propuesto previamente, sino que sólo es buena por el querer, es decir, en sí misma, y considerada por sí misma es, sin comparación, muchísimo más valiosa que todo lo que por medio de ella pudiéramos realizar en provecho de alguna inclinación (p.1).

Dentro de este contexto, Kant (1785) plantea que el imperativo hipotético hace exigencias condicionales donde operan los supuestos provechosos, de donde se deriva que la persona humana es un medio y no un fin, y desde otros escenarios estudiados por la ética judicial, todo se reemplaza por la racionalidad utilitaria en la usanza extrema, lo cual se encuentra ligado a la sociedad actual en los siguientes aspectos: la prevención general de las conductas humanas, los populismos propios de los egos, las cárceles del sufrimiento y hasta los tribunales y la academia colonizada.

Por otro lado, la noción del imperativo categórico, propuesta por el autor en cita, no da cabida, elimina los rasgos condicionales para el ingreso a la valoración de la humanidad en sí misma, que pese a la disparidad de alcances interpretativos, para este trabajo, la palabra humanidad será concebida como el ancla en el pensamiento contemporáneo del concepto de igualdad formal<sup>84</sup>, existente y benévolo cuando no hace distinciones de

---

<sup>84</sup> Sin abandonar a la igualdad material, propia del ejercicio interpretativo del test de igualdad de Robert Alexy, desde nociones de tratar a los iguales como iguales y a los diferentes como diferentes.

ningún tipo, y mágicamente agrupa a todos como corresponsables de todos sin mediar condicionamientos, es el espectro donde desaparecen las denominadas categorías sospechosas, las cuales se han asociado históricamente a prácticas que tienden a colocar en situaciones de diferenciación a determinadas personas o grupos (Corte Constitucional, Sala Plena, C-481, 1998).

Ahora, las formulaciones del imperativo categórico en la actualidad convergen solamente en un principio:

Actuar de acuerdo con máximas que podamos querer como leyes universales es lo mismo que tratar a la humanidad siempre como fin y nunca como un mero medio, lo cual, a su vez, es lo mismo que actuar de manera autónoma (Rivera, 2004, p. 5).

No obstante, conviene subrayar que la primera formulación del imperativo categórico corresponde a la de la ley universal, la cual se refiere a “obra siempre según una máxima que puedas querer al mismo tiempo que su universalidad sea ley” (Kant, 1785, p. 29). La segunda formulación atañe al concepto de humanidad, la cual reza: “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio” (Kant, 1785, p. 24). Y, la tercera formulación alude a la noción de autonomía, frente a lo cual Kant (1785) menciona que “el principio de la autonomía no es más que elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales” (p. 31).

Debido a las limitaciones en extensión de tiempo y espacio, estas líneas se dirigirán a analizar en exclusivo la primera fórmula echando de menos a las otras proposiciones, pese a ser importantes e interdependientes. Así las cosas, con el objetivo de verificar si aún es actual dicho predicado: “obra siempre según una máxima que puedas querer al mismo tiempo que su universalidad sea ley” (Kant, 1785, p. 29); para ello, recuérdese que la máxima se puede someter a una constatación:

El agente que tiene dudas acerca del carácter moral de una máxima de acción debe someterla a la siguiente prueba de universalización en dos pasos. En el primer paso, uno debe universalizar la máxima, y en el segundo revisar si hay una contradicción entre la máxima inicial y su universalización. Si hay contradicción, la máxima no es permisible, y lo opuesto es un deber moral; si no hay contradicción, la máxima es por lo menos permisible (Rivera, 2004, p. 5).

De tal manera, si mi máxima es jugar tenis temprano en la mañana porque es cuando las canchas están vacías, en caso de que esta máxima se llegara a tomar como una ley universal, todo el mundo actuaría de la misma manera y las canchas nunca estarían vacías; por lo tanto, ¿es inmoral jugar tenis temprano en la mañana argumentando que en ese horario las canchas están vacías?

En este caso al menos se hablaría de una permisión; pero en el caso de que llegue a afectar armónicamente el bien común, habría que desecharlo como comportamiento. Lo mismo, cuando se trata de una justificación benigna del engaño, cuando, por ejemplo, engaño para que me presten dinero y existen quienes están burlados por la mentira, la coacción y el engaño no están justificados, y la misma inadmisión, se corre si lo hacen bajo la suerte del conocimiento del engaño. Con esta máxima se logra un punto de cuantificación y cualificación subjetiva, pero válido: el baremo propuesto bajo lo que quisiera que suceda al ejecutar u omitir una conducta, y cómo impactaría en la gran dinámica del pacto social. Aquí el conocido y replicado ejemplo del libro y la biblioteca pública.

Las principales críticas a esta postura se derivan del pensamiento de Hegel, las cuales establecen que puede haber una colisión de deberes y obligaciones, fijando un dilema entre el deber, la obligación y el afecto, inclusive se da cuenta que el deber imperativo puede entrar en contradicción, más cuando crece la diversidad de las relaciones humanas y con ello

las colisiones necesarias (Krumpel, 2010). También es dable recordar las críticas naturales a un racismo expreso del autor que ha encantado con los imperativos, limitaciones propias del contexto histórico y de la época. Otra de las críticas que se han remarcado es que a la larga se busca imponer un patrón de conducta, pero aquello iría en contra de la máxima de libertad como posibilidad de autodeterminación, muy propias de la época de la ilustración y que se mantienen vigentes hasta ahora.

La perfección de Kant respecto a los postulados es destacable, pues trabajos sobre los imperativos y la deontología moral trascienden los tiempos e impactan en las culturas y religiones, para ejemplificar, los judeo cristianos estiman para sus seguidores una máxima obra de: no hagas lo que no quieres que hagan contigo, basada en la culpa muy propia de su credo o, las leyes universales de la compensación o el karma, más de corte hinduista, que si se nota todos estos mandatos, mantienen un tronco identitario del deber ser, es decir, son mandatos que en su mayoría se acogen, de lo contrario la sociedad sería inviable, pues si se diera rienda a los imperativos hipotéticos que buscan privilegiar los egos, las proximidades y las circunstancias, no sería dable predicar una sociedad, toda vez que se rebosaría el sistema punitivo, educativo y hasta clínico.

Siguiendo la línea interpretativa, como ya se anticipó, no hay novedad en el trabajo que se expone, sino que se trata de una nueva alerta, una más. Incluso desde las culturas indígenas, se ha manifestado con base en el artículo 12 de la Constitución Política lo siguiente: “Nadie podrá llevar por encima de su corazón a nadie ni hacerle mal en su persona, aunque piense y diga diferente” (Landaburu, 1994, p. 43), siendo así absolutamente desbordante aquella noción, rica en contenido y con la que se puede resolver todo tipo de diferencia, volviendo al concepto de igualdad formal y con ello al de humanidad; sin embargo, para vergüenza de la Constitución Política en su versión original, el artículo en mención alude de forma general a que nadie podrá ser sometido a pena cruel, trato inhumano o desaparición forzada (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 12).

## **2. Lo público como servicio**

En el campo de lo público, lo de todos, cumplen un papel vital los funcionarios y empleados públicos, pues reposa en ellos una sumatoria de las soberanías confiadas para la administración de bienes, para cautelar la res pública, por lo que ese encargo, no solo se somete a la corroboración de cumplimiento, sino también a la carga de un peso abstracto devenido del peso de la responsabilidad y de las expectativas sociales, parafraseándose la noción del peso insoportable o la levedad del ser de lo público (Kundera, 1984).

Como en las manos de lo público están confiadas las arcas públicas, se estima que debe trabajarse desde el mal que padece, aquello que invade noticias, llena estadísticas negras, acaba vidas y niega educación: la corrupción.

Para los propósitos de este documento, corrupción será cualquier acto considerado ilegal debido a la creencia de que constituye una ventaja injusta para una parte sobre la otra (Ramon, 2015), que tristemente se ha convertido en una constante en Latinoamérica y que no es un fenómeno nuevo, pues como se puede ojear en la historia incluso desde el congreso de Angostura se buscó proponer un poder moral que evite la malversación de fondos, de tal forma que desde 1819 “Bolívar propuso la creación de la cámara de la moral y la cámara de Educación ante el Congreso de Angostura para evitar actos corruptos en la Administración pública de la Gran Colombia” (Ramon, 2015, p.8).

En este punto, es indispensable dar un paso por las aulas de las Facultades de Derecho cuando se trata de la historia del derecho constitucional, memorándose con claridad que hay una genética que comparten los países del centro y sur América respecto a una gesta que buscó saquear para llevar el material precioso que yacía en el territorio, lo que era disímil con lo ocurrido en Norteamérica cuando sus colonos escapaban de

los problemas económicos y religiosos que los aquejaban, por lo tanto, su logro se centraba en echar raíces en un territorio nuevo donde habitar y quedarse, así en este lugar no hubiera grandes imperios para explotar, ni riqueza fácil (El Historiador, 2025).

Quizá todo esto se resuma en una elucubración tratando de dar explicaciones y escudriñando las razones por las que países como Colombia padecen marcadamente de este germen dilapidador de los bienes de todos, pero se recalca, ya son culpas pasadas y siempre será un buen momento para empezar a releernos como sociedad y marcar pautas vividas para lo que nos atañe.

Han sido cada vez más los escritos que se concentran en ver soluciones, siendo necesario empezar a releer la conducta humana básica, iniciando desde lo cívico y pensando en lo colectivo, ya que, como lo retrata Jaime Garzón “todas las actividades que se desarrollan tienen que ir encaminadas al colectivo, a la realidad colectiva” (Universidad Autónoma de Occidente, 2019, 37:12).

Han sido cada vez más los escritos que se concentran en ver soluciones, siendo necesario empezar a releer la conducta humana básica, iniciando desde lo cívico y pensando en lo colectivo, ya que como lo retrata Jaime Garzón “todas las actividades que se desarrollan tienen que ir encaminadas al colectivo, a la realidad colectiva” (Universidad Autónoma de Occidente [UAO], 2019, 37:12), de igual manera se debe atender al sentipensar de Eduardo Galeano, que se resume “en el lenguaje que dice la verdad” (Filo métrica, 2012, 00:37), nada es ajeno, pero sí cada vez más distante del comportamiento cotidiano que forma parte de la especie humana.

### **3. El saber ser**

Por otro lado, desde la ética judicial se ha debatido fuertemente desde las bases de la óntica y deóntica, tratando de poner de plano la condición

humana real y el llamado de las conductas ajustadas a normas que mandan el actuar, pero ¿por qué no volver a lo básico? es decir, al saber ser. Esta expresión que resulta casi que poco recurrida, puede ayudar a comprender el comportamiento desde el saber ser como una variable ecléctica entre el ser y el deber ser, que se adopte como conducta desde el disfrute, la conciencia y la no imposición. En otras palabras, el saber ser bajo la comprensión del conocimiento y no de un mandato que coarte la libertad o que la obligue.

Así pues, al hacer un rastreo somero respecto al saber ser en distintos buscadores, se evidencian puntos de absoluta relevancia, como por ejemplo las competencias del ser humano, que se estudian desde los claustros universitarios, establecimientos médicos, centros de aprendizaje e incluso de enciclopedia básica, dentro de las que se encuentran: la actitud, el optimismo, el autocontrol, el respeto, el saludo diario, el permitir la apertura a otras culturas, la necesidad básica de comunicarse y la dialógica como componente constante de mediación.

Por lo que, estos pequeños cambios de modo de vida, de saber ser, no son facultativos para las personas que se dedican al servicio público, por el contrario, son un imperativo que permite que el campo de lo público pueda tener una misión y visión práctica, sentida desde lo básico y que se expanda a lo esencial, de tal manera que todo lo demás llegue por añadidura.

## **Conclusiones**

Como se pudo notar, este trabajo tuvo como pretensión dejar de lado la técnica, las grandes dogmáticas (claro está, sin desdeñar su importancia), pero con la premisa de volver a lo básico del hoy, de las actuaciones diarias, cotidianas y que fluyen. Precisando el tiempo de la actualidad, como en el que es factible impactar, se pasó a resaltar la labor kantiana en cuanto a los imperativos categóricos, en especial el de la ley universal, y a la par, se revisó la crítica que se le pudo realizar en la modernidad y

en lo contemporáneo a dicha doctrina, respecto a la libertad y a la utopía. En ese sentido, se buscó plantear la norma de conducta imperativa para hoy: el saber ser, atendiendo a que incluye el conocimiento y el gusto por lograrlo, todo bajo el enfoque del servicio público, lineamiento que permitiría atenuar el flagelo de la corrupción, y con ello tener una sociedad más equitativa y armónica.

## **REFERENCIAS**

- Centro Colombiano de Estudios de Lenguas Aborígenes. (1994). *Constitución Política de Colombia de 1991 en Wayuunaiki*. Universidad de los Andes. Centro Colombiano de Estudios de Lenguas Aborígenes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/bf0de204-aff4-4360-a047-b69a5c988a88>
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. 1991. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (9 de septiembre de 1998). Sentencia C-481 [M.P: Caballero, A.].
- El Historiador. (2025, 13 de abril). El nacimiento de los EE.UU. <https://elhistoriador.com.ar/el-nacimiento-de-los-ee-uu/>
- Filo métrica. (2012, 29 de abril). Eduardo Galeano - SENTIPENSANTE [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=wUGVz8wATls>
- Jelin, E. (2012). *Los trabajos de la memoria* (2ª ed.). Instituto de Estudios Peruanos.
- Kant, I. (2003). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (M. García, Trad.). Ediciones Encuentro. (Trabajo original publicado en 1785).
- Krumpel, H. (2010). La crítica de Hegel al imperativo categórico de Kant: aspectos hermenéuticos de la interculturalidad. *Pensamiento. Papeles de Filosofía*, (01), 41-54. <https://revistapensamiento.uaemex.mx/article/view/244>
- Kundera, M. (2022). *La insoportable levedad del ser* (F. Valenzuela, Trad.). (Trabajo original publicado en 1984). Tusquets Editores.

- Massot, D. (2020, 12 de agosto). *¿Quieres cambiar el mundo? Una frase inspiradora de Madre Teresa*. Aleteia. <https://es.aleteia.org/2020/08/12/quieres-cambiar-el-mundo-una-frase-inspiradora-de-madre-teresa>
- Ramon, T. (2015). *¿Es la corrupción un obstáculo para el desarrollo del país?* [Tesis de pregrado, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio Universidad Militar Nueva Granada. <https://repository.umng.edu.co/server/api/core/bitstreams/625bb6cb-d4ae-4fff-96cf-64e27c0a5f23/content>
- Rivera, F. (2004). El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres. *Revista Digital Universitaria*, 5(11), 1-6. [https://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic\\_art81.pdf](https://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic_art81.pdf)
- Storini, L. y Quizhpe, F. (2025). El derecho como fetiche. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, 12(3), 467-508. <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/1709>
- Universidad Autónoma de Occidente. (2019, 13 de agosto). Jaime Garzón en la UAO, “La universidad es la mejor etapa de la vida” [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=fxpBytf1ZOM>

## **Diligencia debida: Responsabilidad de las empresas, una necesidad de estudio dentro de las reformas**

---

**Edgar David Pérez Sanabria**

### **Resumen**

El siguiente artículo examina la diligencia debida como herramienta clave para asegurar que las empresas respeten los derechos humanos laborales, enfocándose en las reformas legales en Colombia. Basado en la Declaración de Filadelfia y los Principios Rectores de la ONU, subraya la necesidad de que las empresas implementen procesos para identificar, prevenir y mitigar impactos negativos en sus operaciones y cadenas de suministro, con el fin de proponer la integración de la diligencia debida en reformas legales como mecanismo vital para armonizar la libertad empresarial con la justicia social, exigiendo a las empresas garantizar derechos fundamentales más allá de obligaciones patrimoniales. Para este propósito, aborda desafíos como la precarización laboral, la tercerización y la informalidad, agravados por la globalización, que vulneran condiciones laborales dignas mientras que, a su vez, analiza marcos normativos internacionales y nacionales, destacando vacíos en su aplicación con el fin de proponer la adopción de modelos.

**Palabras clave:** diligencia debida, derechos humanos laborales, responsabilidad empresarial, globalización, reformas legales.

### **Abstract**

The following paper examines due diligence as a key tool to ensure that companies respect labour and human rights, focusing on legal reforms

in Colombia. Based on the Philadelphia Declaration and the UN Guiding Principles underscore the need for companies to implement processes to identify, prevent, and mitigate negative impacts on their operations and supply chains. It proposes integrating due diligence into legal reforms as a vital mechanism to harmonize business freedom with social justice, requiring companies to guarantee fundamental rights beyond financial obligations. To this end, it addresses challenges such as job insecurity, outsourcing, and informality, which are aggravated by globalization and violate decent working conditions. It also analyzes international and national regulatory frameworks, highlighting gaps in their application and proposing the adoption of models.

**Keywords:** due diligence, labour human rights, corporate responsibility, globalization, legal reforms.

## **Introducción**

El sistema legal colombiano proyecta un marco jurídico sobre la relación de trabajo en el ámbito de la precisión de derechos y garantías mínimas que deben ser reconocidos al trabajador, con propósito de mantener un equilibrio económico y social. Sin embargo, el aspecto económico de la relación de trabajo se mantiene. Como lo sostenía González (1979), en el terreno económico, el derecho del trabajo encuentra su justificación en el propósito de realizar postulados de tanta importancia como el derecho al trabajo, el derecho al producto íntegro del trabajo y el derecho a la existencia.

Desde la Declaración de Filadelfia de 1944, se precisa que “la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], Declaración de Filadelfia, 1944). Supiot (2011), sostiene que, “para hacer el mercado un principio general de regulación de la vida económica, es necesario hacer como si la tierra, el trabajo y la moneda fueran mercancías, cuando no es desde

luego el caso” (p. 61). Esta dimensión refleja que la economía de mercado se sostiene sobre figuras jurídicas y dicha ficción solo se admite cuando recae sobre el aseguramiento de condiciones humanas sostenibles, lo que conlleva a que existan parámetros de protección sobre los recursos humanos y los recursos naturales.

La Declaración de Filadelfia de la OIT proyecta su marco de protección hacia promover que los Estados garanticen la seguridad física y económica de los trabajadores, fundando las bases de garantía jurídicas mínimas, todo esto bajo la premisa que el trabajo no es mercancía. Una de sus consecuencias inmediatas en el territorio colombiano, es la aparición de la ley laboral y la creación de los jueces del trabajo. Es decir, el Estado colombiano cumple con el mandato de la Declaración de Filadelfia que incorporó a la Constitución de la OIT cuatro valores fundamentales: el trabajo no es mercancía; libertad de expresión y derecho de asociación; combatir la necesidad y abolir la pobreza (OIT, Declaración de Filadelfia, 1944).

En desarrollo de la incorporación de normas sobre regulación de las relaciones laborales, definitivamente se verifica que todo gira en torno a las condiciones dignas y justas, al equilibrio social y económico, con fuertes rasgos patrimoniales y mercantiles y muy distante de la clara responsabilidad que existe y que debe tener en cuenta el empleador, pues no dispone solo de la fuerza de trabajo, sino que es responsable y garante de derechos fundamentales, más adelante entendidos como derechos humanos laborales.

La globalización, como figura representante de las nuevas formas de trabajo, arroja a la sociedad figuras realmente preocupantes frente a los parámetros de condiciones dignas y justas o, por lo menos, frente al cumplimiento de normas mínimas proclamadas por el Estado colombiano en su concepto de “trabajo digno”, dentro de la configuración del trabajo como principio (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 1), dere-

cho (C.P., 1991, art. 25) y deber (C.P., 1991, art. 53), como quiera que, con la promoción de sociedades comerciales con forma de personas jurídicas de sociedades anónimas, figuras impensables como las sociedades de un solo socio, colectivos sin personalidad jurídica (uniones temporales, consorcios, PAR), sociedades que permiten la tercerización sobre el ofrecimiento de bienes y servicios, también amparados por empresas de trabajo temporal y figuras como el outsourcing, masifican contratos inestables, temporales y sometidos a los parámetros mínimos de la ley, quitándole al trabajador cualquier posibilidad de negociación colectiva o mejora de condiciones. Por otra parte, las figuras precarizadoras que promueven la informalidad, reposan en figuras como los colaboradores independientes, autónomos, semi autónomos y falsos autónomos; todos ellos bajo la modalidad de trabajo periférico o irregular (Ojeda, 2010).

Como consecuencia del mercado de capitales, se desdibujan las prioridades del derecho laboral y de la seguridad social, pues parece que viviéramos la necesidad de combatir la informalidad, que resulta ser el más grave de los escenarios que afronta el estudio de nuestra materia. Lo que no impide que se pueda revisar, además, que el impacto de la globalización trae consigo la verificación del comportamiento de aquellas empresas que desbordaron las fronteras y que, dentro del juego de capitales a conveniencia, se plantean beneficios de los parámetros mínimos impuestos por los Estados en vía de desarrollo para estimular la inversión privada, la inversión extranjera y, en el camino de la implementación, terminan abrazando la informalidad, admitiendo figuras de tercerización y acompañando la evolución del mundo mercantil que pierde de vista la humanidad del trabajador, lo cosifica y lo esconde en índices de empleabilidad o de productividad, puntos de partida sobre los que se discuten los proyectos de reforma, sin evidenciar lo que entre líneas se esconde. Y es que la discusión no está en el reconocimiento de efectos patrimoniales, sino en la puntualización de responsabilidades que están en cabeza de quien origina la operación y las consecuencias que la operación mercantil conlleva a los

recursos ambientales, la salud del trabajador, calidad de vida en su vejez, el consumo de bienes y servicios como dinámica económica y el impacto social de su operación.

En este contexto, desde Naciones Unidas se proyecta la fijación y promoción de principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos:

Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, lo que implica que deben abstenerse de infringirlos y hacer frente a las consecuencias negativas que surjan en las que tengan alguna participación. Una forma de abordar esta responsabilidad es a través de procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos.

La debida diligencia es un proceso continuo de gestión que permite a las empresas identificar, prevenir, mitigar y responder frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos (Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe [CERALC], s.f., párr. 1-2).

También se precisa como concepto que evalúa la debida diligencia, el desarrollo de circunstancias medibles sobre las “consecuencias negativas reales sobre los derechos humanos” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, 2011), tratándose de actos que eliminan o reducen la capacidad de una persona de disfrutar de sus derechos humanos, situación que ya se ha producido o se está produciendo. Adicionalmente, se suma el concepto de la denominada “complicidad”, cuyo significado, en términos del derecho laboral, se entiende cuando una empresa se beneficia de los abusos come-

tidos por otros, como cuando se reducen los costos porque en su cadena de suministros se aplican practicas similares a la esclavitud o cuando no denuncia abusos relacionados con sus propias operaciones, productos o servicios (Organización de las Naciones Unidas [ONU], Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, 2011).

## **1. Incorporación de derechos humanos en la operación productiva**

Se ha definido la diligencia debida como:

La medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa, una [persona] prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos del caso en cuestión. En el contexto de los Principios Rectores, la diligencia debida en materia de derechos humanos constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, como se citó en Salgado, 2018, párr. 6).

Es por ello que, como afirman Abusleme et al. (2016):

La Declaración Internacional de Derechos Humanos (1948) y los convenios fundamentales de la OIT ofrecen a las empresas parámetros de referencia básicos a la hora de empezar a comprender qué son los derechos humanos, cómo pueden influir en ellos sus propias actividades y cómo velar por la prevención

o la mitigación del riesgo de que se produzcan consecuencias negativas (p. 71).

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, porque las empresas pueden incidir, directa o indirectamente, en prácticamente todos esos derechos. Incluso, derechos como el de un juicio justo, que está claramente dirigido a los Estados, puede verse afectado negativamente si, por ejemplo, una empresa obstruye la obtención de pruebas o interfiere con los testigos (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006).

En lo que aterriza a la protección de los trabajadores dentro del marco de “derechos humanos laborales”, término desarrollado en las ideas conceptuales del maestro Canessa (2009):

En un plano formal, los derechos humanos laborales se podrían definir como todos aquellos derechos en materia laboral recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona. Su fundamentación proporciona argumentos consistentes que justifican la existencia o reconocimiento de este grupo de derechos; en particular, afianzan su reconocimiento en los instrumentos internacionales a través de dos grandes argumentos (p. 350-351).

Se envuelven factores que los caracterizan: el rasgo prestacional, armonizar igualdad y libertad para brindar calidad de vida y satisfacción de necesidades, su carácter no absoluto, sino limitante de derechos como la libertad de empresa o la libertad de contratación y la titularidad del derecho, que resulta universal, contrario al argumento que son solo exclusivos de quienes gozan de un vínculo laboral. Estas características, que respaldan la configuración de derechos vinculantes para regular la

globalización desde un marco de compromisos internacionales, ya se han materializado a través de los derechos humanos laborales. Para garantizar la efectividad de estos compromisos, es necesario implementar reformas o incorporar elementos que optimicen la comprensión y aplicación de esta normativa internacional.

Marco internacional normativo que brindó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, y la enmienda de 2022 que actualizó la declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, consolidando cinco ejes de fundamentalidad que resultan transversales para entender cuáles son derechos humanos laborales, consistentes en libertad de asociación y sindical (Convenio 87 y 98); eliminación del trabajo forzoso (Convenios 29 y 105); abolición del trabajo infantil (Convenios 138 y 182) y seguridad y salud en el trabajo (Convenios 155 y 187) (OIT, Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 1998).

Los ejes de fundamentalidad se desarrollan en el marco de normas sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referencias normativas que fundamentan la idea de la permanencia del trabajo, la protección social como base del concepto de derechos humanos laborales que son marco de observación y el concepto de debida diligencia empresarial, que va más allá de un simple planteamiento de derecho patrimonial generado en el contrato de trabajo, atribuyendo responsabilidades superiores a las empresas dentro del contexto de libertad y autonomía de mercado.

En Colombia el marco normativo de referencia surge desde la Constitución Política de 1991, que referencia con claridad los derechos funda-

mentales a no ser torturado ni a recibir penas crueles (C.P., 1991, art. 12), a la igualdad (C.P., 1991, art. 13), al trabajo (C.P., 1991, art. 25), de asociación (C.P., 1991, art. 39), los derechos de los niños (C.P., 1991, art. 44), el derecho de negociación colectiva (C.P., 1991, art. 55), el derecho de huelga (C.P., 1991, art. 56), y, por habilitación del artículo 93, el ingreso del marco de derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad (C.P., 1991, art. 93). Sin embargo, con el marco normativo que refiere a los derechos humanos y el entendimiento de normas ordinarias y de regulación de la relación laboral, existen distancias notables en la posibilidad de las exigencias que se le puedan hacer a las empresas sobre debida diligencia.

Sobre la necesidad de reforma en las leyes y reglamentos nacionales, se puede exigir a las empresas que adopten otras medidas en materia de derechos humanos en determinadas situaciones, lo que puede suceder también en el caso de los contratos con organismos públicos para proyectos concretos, pues las condiciones operacionales también pueden conducir a las empresas a contraer otras responsabilidades en circunstancias específicas. Las empresas pueden detectar la necesidad de hacer inversiones de carácter social, por ejemplo, en el cuidado de la salud o en la educación a nivel local, para conseguir o mantener el apoyo de las comunidades cercanas a sus actividades (la denominada licencia social para operar).

De esta manera, continúa el debate sobre si algunas empresas, en algunas situaciones, deben tener la responsabilidad de ir más allá del respeto de los derechos humanos para tratar de promoverlos. Dicho respeto constituye una norma mundial sobre la responsabilidad de todas las empresas en todas las situaciones y, por tanto, se centran en la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Refiriéndose a las actividades básicas de una empresa, como llevar a cabo su negocio de manera cotidiana, estas condiciones operacionales también pueden conducir a las empresas a contraer otras responsabilidades en circunstancias específicas.

Las empresas pueden detectar la necesidad de hacer inversiones de carácter social, por ejemplo, en el cuidado de la salud o en la educación a nivel local, para conseguir o mantener el apoyo de las comunidades cercanas a sus actividades (la denominada licencia social para operar). El apoyo a los derechos humanos también forma parte del compromiso contraído por los signatarios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas.

## **2. Ejemplos de consecuencias negativas de las empresas sobre los derechos humanos**

Ejemplos de situaciones en que puede considerarse que las empresas han provocado consecuencias negativas en los derechos humanos:

- a. Discriminación racial habitual por parte de un restaurante en el trato que dispensa a sus clientes (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008);
- b. Exposición de los trabajadores de una fábrica a unas condiciones de trabajo peligrosas sin un equipo de seguridad adecuado (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008);
- c. Ser la única o la principal fuente de contaminación del suministro de agua potable de una comunidad debido a los efluentes químicos procedentes de los procesos de producción (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008).

## **3. Ejemplos de empresas acusadas de contribuir a la aparición de consecuencias negativas para los derechos humanos**

- a. Proporcionar datos sobre los usuarios del servicio de Internet a un Gobierno que los utiliza para rastrear y hostigar a disidentes políticos

vulnerando los derechos humanos (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008);

- b. Realizar tareas de construcción y mantenimiento de un centro de detención en el que se ha denunciado que los internos reciben un trato inhumano (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008);
- c. Fomentar el consumo de alimentos y bebidas con un alto contenido de azúcar entre los niños, con consecuencias negativas para la obesidad infantil (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008);
- d. Modificar en el último minuto las especificaciones de los productos adquiridos a los proveedores sin ajustar los precios ni los plazos de entrega, obligándoles con ello a infringir las normas laborales para poder cumplir los contratos (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008).

#### **4. Ejemplos de consecuencias negativas directamente vinculadas a las operaciones, productos o servicios de una empresa en virtud de sus relaciones comerciales, aunque la propia empresa tal vez no haya contribuido a ellas**

- a. Proporcionar préstamos a una empresa para la realización de actividades comerciales que, en vulneración de las normas acordadas, desemboquen en el desalojo de comunidades (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008);
- b. Subcontratación por el proveedor de bordados para las prendas de vestir comercializadas por una empresa, en contra de sus obligaciones contractuales, a hogares en los que son niños los que realizan el trabajo (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008).
- c. Uso de instrumentos en centros médicos para detectar fetos femeninos con el fin de facilitar el aborto de esos fetos en favor de los fetos masculinos (Castan Centre for Human Rights Law et al., 2008).

## **5. Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores: orientación para los negociadores**

En los principios de contratación responsable, se enumeran diez principios que puedan ayudar a los Estados y a los inversores a integrar la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones de contratos sobre proyectos de inversión. Los principales son:

1. Preparación y planificación de las negociaciones de proyectos. Las partes deben prepararse adecuadamente y ser capaces de abordar durante las negociaciones las consecuencias de los proyectos sobre los derechos humanos.
2. Gestión de los posibles efectos negativos sobre los derechos humanos. Antes de la firma del contrato, es necesario esclarecer y establecer un acuerdo sobre la responsabilidad de prevenir y mitigar los riesgos relacionados con los derechos humanos asociados al proyecto y sus actividades.
3. Normas de ejecución del proyecto. Las leyes, regulaciones y normas que rijan la ejecución del proyecto deben facilitar la prevención, mitigación y subsanación de todo efecto negativo sobre los derechos humanos durante todo el ciclo vital del proyecto.
4. Cláusulas de estabilización. Si se utilizan cláusulas contractuales de estabilización, estas deben redactarse cuidadosamente, de manera que ninguna medida de protección de los inversores contra futuras modificaciones de la ley interfiera con los esfuerzos de buena fe del Estado para aplicar las leyes, regulaciones o políticas de forma no discriminatoria, a fin de cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos.
5. Cláusula de bienes o servicios adicionales. Cuando en el contrato se prevea la prestación por los inversores de servicios adicionales, que

rebasen el alcance del proyecto, estos deberán prestarse de manera compatible con las obligaciones de derechos humanos del Estado y las responsabilidades de derechos humanos de los inversores.

6. Seguridad física del proyecto. La seguridad física de los locales, las instalaciones o el personal del proyecto debe garantizarse de manera compatible con los principios y normas relativos a los derechos humanos.
7. Participación de la comunidad. El proyecto debe incluir un plan eficaz de participación de la comunidad durante todo su ciclo vital, y desde sus etapas más tempranas.
8. Vigilancia y cumplimiento de las normas en el marco del proyecto. El Estado debe poder vigilar que el proyecto cumpla las normas pertinentes de protección de los derechos humanos y, al mismo tiempo, proporcionar a los inversores las garantías necesarias contra interferencias arbitrarias en el proyecto.
9. Mecanismos de reparación de agravios por daño extracontractual a terceros. Los particulares y las comunidades que sufran los efectos de actividades del proyecto, pero no sean partes en el contrato, deben tener acceso a un mecanismo no judicial de reparación de agravios que sea eficaz.
10. Transparencia/publicación de las condiciones del contrato. Las condiciones del contrato deben publicarse, y el alcance y duración de las excepciones a esa publicación deben obedecer a razones convincentes (ONU et al., 2019, p. 67).

Aunque dichas situaciones se ven distantes en el desarrollo del derecho interno por atender otras necesidades inmediatas como el desempleo, la informalidad, entre otros, vemos como ejemplo la directiva incorporada por la Unión Europea, comprendiendo las siguientes etapas:

1. Integración la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión. Los Estados miembros deben velar para las empresas integren la diligencia debida en todas sus políticas pertinentes y en sus sistemas de gestión de riesgos y porque cuenten con una política de diligencia debida basada en el riesgo y previa consulta a las personas empleadas de la empresa y sus representantes (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 7).
2. Detección y evaluación de los efectos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente.

Los Estados miembros deben asegurarse de que las empresas adopten las medidas adecuadas para detectar y evaluar los efectos adversos reales y potenciales que se deriven de sus propias operaciones o de las de sus filiales y, cuando tengan relación con sus cadenas de actividades, de sus socios comerciales (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 8).

3. Prevención, interrupción o reducción de los efectos adversos reales y potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente.

Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas adoptan las medidas adecuadas para detectar y evaluar los efectos adversos reales y potenciales que se deriven de sus propias operaciones o de las de sus filiales y, cuando tengan relación con sus cadenas de actividades, de sus socios comerciales (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 8).

4. Priorización de efectos adversos reales y potenciales detectados. Cuando no sea posible prevenir, mitigar, eliminar o minimizar todos los efectos adversos detectados, los Estados miembros deberán velar por que las empresas den prioridad a los efectos adversos detectados con base a la gravedad y la probabilidad de tales efectos adversos. Una vez que se aborden los efectos adversos más graves y más probables en un plazo razonable, la empresa abordará los efectos adversos menos graves y menos probables (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 9).

5. Supervisar y evaluar la eficacia de las medidas. Los Estados miembros deberán verificar que las empresas adelanten evaluaciones periódicas de sus operaciones y medidas, así como de las de sus filiales y, en algunos casos, de las de sus socios comerciales, “con el fin de evaluar su aplicación y supervisar la adecuación y eficacia de las actividades de detección, prevención, mitigación, eliminación y minimización del alcance de los efectos adversos” (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 15).
6. Comunicar. Los Estados miembros deberán asegurar que las empresas informen de los aspectos regulados por la Directiva, mediante la publicación en su sitio web de una declaración anual, a excepción de las empresas que estén sujetas a requisitos de información en materia de sostenibilidad, los efectos adversos reales y potenciales detectados y las medidas adecuadas adoptadas con respecto a dichos efectos (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 16).
7. Sanciones. “Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones, incluidas sanciones pecuniarias” (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 27). “El límite máximo de las sanciones pecuniarias no será inferior al 5 % del volumen de negocios mundial neto de la empresa en el ejercicio financiero anterior a la decisión de imponer la sanción” (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 27).
8. Responsabilidad civil de las empresas y derecho a una indemnización íntegra. “Los Estados velarán por que una empresa pueda ser considerada responsable de los daños causados a una persona física o jurídica” (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 29) cuando incumpla lo determinado en la norma. “Una empresa no podrá ser considerada responsable cuando el daño haya sido causado únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades” (Directiva (UE) 2024/1760, 2024, art. 29).
9. El marco general que precisa la Directiva fija unos parámetros muy importantes que orientan las políticas públicas que pueden desarrollarse

en futuras reformas propuestas. Constituye una necesidad primordial la incorporación de limitaciones claras a las empresas, principalmente cuando, por el desarrollo de los efectos de la globalización, por la característica propia de nuestros mercados, resultamos ser receptores de operaciones que buscan disminuir costos de operación y nos convertimos en territorios de subcontratación, de proliferación de satélites de trabajo en sus diferentes modalidades: formales, autónomas, semi autónomas, informales y/o precarizadas.

## **Conclusiones**

A pesar de contar con instituciones que vigilan, promueven y sancionan el incumplimiento de derechos, se insiste, dichos atributos solo se perfilan sobre el cubrimiento de derechos o acreencias de carácter patrimonial, dejando de lado el sensible escenario de la evidente disposición de derechos fundamentales. La empresa, como directora de la operación y en su rol de empleadora, disfraza bajo los escenarios de control, dirección y sanción la disposición sistemática y constante de derechos humanos. De allí que la incorporación de reglamentaciones sobre el concepto de “debida diligencia” se formule de manera prioritaria en el estudio de futuras reformas que piensen en la construcción de tejidos sociales que consoliden parámetros de justicia social.

La Constitución Política le asigna al concepto de trabajo y dignidad el carácter fundante sobre el que se soporta el Estado social de derecho, situación que explica la idea de equilibrio económico y social y, a su vez, reconoce al empresario libertad para el desarrollo de su operación, garantizando que su presencia en sociedad perdure y su idea de negocio se desarrolle.

Dentro del concepto de trabajo, entendido como un escenario de convivencia entre empleador y trabajador, se resguardan proyecciones de equilibrio social y económico, acompañados de la vigilancia y promoción de derechos y garantías mínimas que deben protegerse por parte del Estado en cabeza de

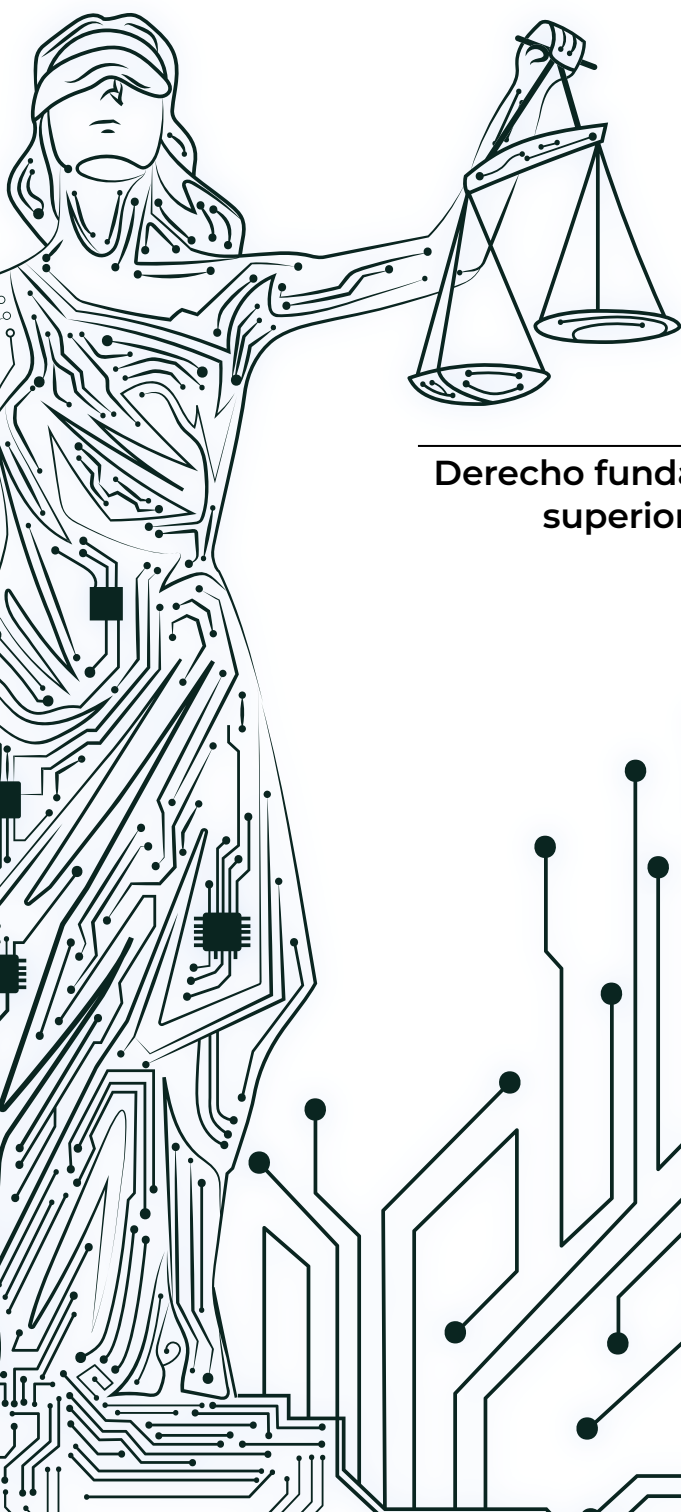
las autoridades administrativas y judiciales. Este marco precisa un punto de partida para observar los límites, aplicación y alcance de las fronteras que se despliegan bajo el concepto de trabajo y la importancia de la integración de las figuras tripartitas dentro de este escenario.

Como derecho social que se ve dinamizado con las fuerzas sociales, los direccionamientos y adecuaciones del comportamiento social confrontan la necesidad de generar cambios que enfrenten esas condiciones que, con fuerza, terminan gobernando el mercado laboral.

## **REFERENCIAS**

- Abusleme, M. T., Arenas, A. y Busquets, P. (2016). Autonomía de las personas mayores y políticas internacionales para su inserción laboral. *Opción*, (81), 54-75. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5919071>
- Canessa, M. (2009). Los derechos humanos laborales en el Derecho internacional. *Derecho PUCP*, (63), 349-373. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200902.014>.
- Castan Centre for Human Rights Law, International Business Leaders Forum y Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. (2008). *Human Rights Translated. A Business Reference Guide* [Derechos Humanos Traducidos. Una Guía de Referencia Empresarial]. Castan Centre for Human Rights Law, International Business Leaders Forum y Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. <https://digitallibrary.un.org/record/646653?ln=es&v=pdf>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2006). *Empresas y Derecho Internacional Humanitario. Introducción a los derechos y las obligaciones de las empresas comerciales, de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario*. [https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/other/icrc\\_003\\_0882.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/other/icrc_003_0882.pdf)
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- González, G. (1979). *Derecho al Trabajo*. Temis.
- Ojeda, A. (2010). *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Editorial La Ley.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf)

- Organización de las Naciones Unidas [ONU], Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos México, CNDH México y Programa Empresas y Derechos Humanos. (2019). *La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos. Guía para la interpretación*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6217/9.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1944). Declaración de Filadelfia. <https://webapps.ilo.org/static/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1998). Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed\\_norm/%40declaration/documents/normativeinstrument/wcms\\_716596.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf)
- Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (13 de junio de 2024). Sobre diligencia debida de la empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. [Directiva (UE) 2024/1760]. DOUE: 1760.
- Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe [CERALC]. (s.f.). Debida diligencia en materia de derechos humanos. <https://empresasyderechoshumanos.org/debida-diligencia/>
- Salgado, E. (2018, 15 de noviembre). *¿De qué hablamos cuando hablamos de debida diligencia?* Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa. <https://observatoriorsc.org/debida-diligencia-de-que-hablamos/>
- Supiot, A. (2011). *El Espíritu de Filadelfia*. Ediciones Península.



## **CAPÍTULO CUATRO**

**Derecho fundamental a la educación  
superior y reformas educativas**

**Educación Superior: Reformas, Tecnologías y Desafíos del Siglo XXI: Innovación Académica y Calidad Educativa.  
La calidad de la educación superior como derecho fundamental en las carreras de Derecho en Ecuador frente al principio de autonomía responsable**

---

**Ximena Elizabeth Maldonado Erazo**

## **Resumen**

La educación superior de calidad constituye un derecho fundamental cuyo cumplimiento reviste especial importancia en las carreras de derecho, consideradas de interés público en el Ecuador. Este trabajo aborda la relación entre la calidad de la educación superior y el principio constitucional de autonomía responsable en el contexto de las facultades de jurisprudencia. Se analizan las bases jurídicas nacionales e internacionales del derecho a una educación de calidad, las reformas normativas implementadas -como la evaluación y acreditación obligatoria de carreras- y los desafíos surgidos al asegurar estándares académicos sin menoscabar la autonomía universitaria.

Se identifican problemas persistentes en la formación jurídica (mercantilización de la educación, deficiencias en currículos y docentes, entre otros) y las medidas adoptadas para superarlos, tales como el establecimiento de organismos de aseguramiento de la calidad y criterios mínimos para las carreras de derecho. Finalmente, se reflexiona sobre la necesidad de un equilibrio entre la intervención estatal para garantizar la excelencia académica y la libertad institucional, concluyendo con propuestas para fortalecer un marco teórico-jurídico que garantice una educación jurídica de calidad en armonía con la autonomía universitaria responsable.

**Palabras clave:** calidad educativa, educación superior, derecho a la educación, autonomía universitaria, Ecuador.

## **Abstract**

The quality of higher education is a fundamental right, particularly significant in Law programs which are deemed of public interest in Ecuador. This paper examines the relationship between the quality of higher education and the constitutional principle of responsible autonomy in the context of law schools. It analyzes the national and international legal foundations of the right to quality education, the regulatory reforms implemented – such as mandatory evaluation and accreditation of programs – and the challenges that arise in ensuring academic standards without undermining university autonomy.

Persistent issues in legal training (educational commodification, deficiencies in curricula and faculty, among others) and measures adopted to address them are identified, including the establishment of quality assurance agencies and minimum criteria for Law programs. Finally, the paper reflects on the need for balance between state intervention to guarantee academic excellence and institutional freedom, concluding with proposals to strengthen a theoretical-legal framework that ensures quality legal education in harmony with responsible university autonomy.

**Keywords:** educational quality, higher education, right to education, university autonomy, Ecuador.

## **Introducción**

La educación superior de calidad se reconoce hoy como un componente esencial del derecho fundamental a la educación, indispensable para el desarrollo personal y social. En el plano internacional, instrumentos de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagran la educación –incluida la superior– como un derecho accesible a todos, destacando la calidad y la mejora continua como principios rec-

tores para garantizar igualdad de oportunidades. En efecto, la educación debe orientarse al desarrollo pleno de la persona y al fortalecimiento del respeto a los derechos humanos, y los Estados tienen la obligación de asegurar su gratuidad progresiva y calidad en todos los niveles (Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 26; Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art. 13). En América Latina, la Convención Americana de Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, 1988) también reconoce la educación como un derecho que debe ejercerse sin discriminación y con la mayor calidad posible. Estos compromisos internacionales configuran el derecho a la educación superior de calidad como una exigencia vinculante para los Estados, incluyendo a Ecuador, orientando sus políticas educativas (Organización de Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, 1988).

En el ámbito nacional ecuatoriano, la Constitución de la República establece que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber primordial del Estado. Particularmente, la Constitución reconoce la autonomía de las instituciones de educación superior, pero la condiciona al cumplimiento de su responsabilidad social (principio de autonomía responsable). Esto implica que las universidades gozan de autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, pero deben ejercerla en concordancia con las políticas públicas y el aseguramiento de la calidad educativa (Constitución de la República del Ecuador, 2008, arts. 355, 356). En este marco, el Estado ecuatoriano garantiza la gratuidad de la educación superior pública de tercer nivel y, a la vez, implementa mecanismos de regulación y control de la calidad académica para todas las instituciones, tanto públicas como privadas, a fin de proteger el derecho de los estudiantes a una formación de excelencia.

Las carreras de derecho revisten una importancia especial en Ecuador al ser declaradas *carreras de interés público*, dada su estrecha vinculación

con la justicia, los derechos ciudadanos y el bien común. Esta calificación, plasmada en la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) y normativa derivada, conlleva responsabilidades adicionales: el Estado tiene el deber de evaluar y asegurar la calidad de dichas carreras, garantizando que los futuros abogados reciban una formación integral y pertinente a las necesidades sociales (LOES, 2010).

De hecho, a raíz de la Constitución de 2008 y sus mandatos, Ecuador emprendió procesos de evaluación obligatoria de las carreras de Derecho –por primera vez en 2015– como parte de las medidas para depurar y fortalecer el sistema de educación superior. Esta decisión se alinea con la noción de que ciertas profesiones (como derecho o medicina) inciden directamente en intereses colectivos, por lo que su calidad no puede dejarse al azar. Así, la problemática central que motiva el presente estudio radica en cómo garantizar una educación jurídica de calidad como parte del derecho fundamental a la educación, sin transgredir la autonomía universitaria, en un contexto de expansión de la oferta académica y riesgos de mercantilización de la educación.

## **1. Calidad educativa y derecho fundamental a la educación superior**

El derecho a la educación superior de calidad comprende, no solo el acceso a las instituciones universitarias, sino también la garantía de que la formación impartida cumpla con altos estándares académicos y de pertinencia social. La calidad educativa se ha vuelto un eje emergente en las últimas décadas, impulsando reformas en diversos países para evaluar y acreditar a las universidades y sus programas. En Ecuador, este principio tomó fuerza con la Constitución de 2008 y la LOES 2010, que crearon organismos especializados para el aseguramiento de la calidad, como el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CACES). La LOES y regulaciones complementarias definen criterios, indicadores e índices que deben cumplir las instituciones y carreras,

alineados con las demandas del entorno nacional, regional y local (LOES, 2010, art. 104).

A nivel internacional, se reconoce que la calidad es un elemento intrínseco del derecho a la educación. Los estándares globales enfatizan aspectos como la relevancia de los contenidos, la cualificación docente, la infraestructura adecuada, la investigación pertinente y la vinculación con la sociedad. Estos elementos aseguran que la educación superior forme profesionales competentes y ciudadanos críticos. En el caso de las carreras de derecho, la calidad se traduce en programas académicos actualizados conforme a la evolución de las ciencias jurídicas, docentes altamente capacitados (idealmente con posgrados en su especialidad), metodologías activas que fomenten el pensamiento crítico y la ética profesional, y prácticas preprofesionales que conecten al estudiante con la realidad jurídica. Todo ello contribuye a que el egresado de derecho pueda ejercer la abogacía de manera ética y competente, cumpliendo el objetivo último de la educación superior: servir a la sociedad con justicia y equidad.

La consideración de la educación superior de calidad como derecho fundamental implica también que los estudiantes y demás actores universitarios sean titulares de ese derecho. Es decir, los estudiantes de una carrera de derecho tienen el derecho exigible a recibir una educación de excelencia que les permita desarrollarse plenamente y contribuir al sistema legal y al Estado de derecho. Al mismo tiempo, los docentes y la institución en su conjunto tienen el derecho (y el deber) de contar con condiciones adecuadas para impartir una enseñanza de calidad. Así, la calidad educativa puede ser vista como un *derecho-deber*: un derecho de la comunidad universitaria y de la sociedad a una buena educación, y un deber de las instituciones de ofrecérsela. Esta dualidad plantea interrogantes interesantes: ¿el cumplimiento de estándares de calidad es simplemente una obligación administrativa para las universidades, o forma parte del núcleo del derecho a la educación que beneficia a toda la comunidad? Plantear

la calidad como derecho fundamental conlleva reconocer su centralidad en la misión universitaria y en las expectativas de estudiantes y sociedad.

## **2. Reformas y mecanismos de aseguramiento de la calidad en Ecuador**

En respuesta a la necesidad de garantizar calidad, Ecuador ha implementado en los últimos años reformas legales y procedimientos de control académico sin precedentes. Tras la Constitución de 2008, la Asamblea Constituyente emitió mandatos orientados a reorganizar el sistema de educación superior. Uno de ellos, el Mandato Constituyente No. 14 de 2008, impulsó la depuración de instituciones de educación superior de baja calidad y sentó las bases para un esquema nacional de evaluación académica (Asamblea Constituyente de Ecuador, Mandato Constituyente No. 14, 2008). Consecuentemente, la LOES estableció la acreditación institucional obligatoria y evaluaciones periódicas de carreras, especialmente aquellas de interés público. Se creó el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad (CEAACES, sucedido luego por CACES) con la facultad de evaluar todas las universidades y programas según criterios predefinidos de calidad, y de tomar acciones con base en los resultados (acreditación, seguimiento, o incluso la suspensión de nuevas matrículas en carreras deficientes).

En 2013 se expidió, además, el Reglamento de Régimen Académico, actualizado en 2023, que fijó parámetros sobre currículo, carga horaria, titulación de docentes, infraestructura y otros factores clave para asegurar la calidad en cada carrera. Para las facultades de derecho, se determinaron requisitos como mínimos de profesores con posgrado en derecho, relaciones adecuadas estudiante-docente, centros de prácticas jurídicas (consultorios jurídicos gratuitos), entre otros lineamientos específicos para garantizar una formación práctica y teórica sólida del futuro jurista (Consejo de Educación Superior de Ecuador, Reglamento de Régimen Académico, 2013).

La evaluación de las carreras de derecho en 2015 marcó un hito: por primera vez, todas las facultades de jurisprudencia del país fueron sometidas a un examen integral de calidad por parte del organismo evaluador. Este proceso respondió al mandato legal de tratar a derecho como carrera prioritaria para los intereses sociales. Muchas facultades tuvieron que enfrentar procesos de mejora o riesgo de sanciones. La evaluación consideró aspectos como el plan de estudios, cualificación docente, investigación, vinculación con la comunidad y resultados de aprendizaje. Los resultados revelaron brechas importantes entre distintas universidades, confirmando la pertinencia de la medida estatal. Se identificaron problemas estructurales que venían afectando la educación jurídica, no solo en Ecuador, sino en Latinoamérica: escasez de profesores con formación de cuarto nivel, currículos desactualizados, metodologías tradicionales poco efectivas, débil conexión con las necesidades sociales, y proliferación desregulada de facultades de Derecho con insuficientes recursos. Estos hallazgos coincidieron con diagnósticos regionales previos, como los señalados por González (2005), quien documentó que la falta de inversión y la desvinculación de la universidad con su contexto llevan a serias deficiencias en la calidad educativa.

Para enfrentar tales problemas, todos los países de la región, incluido Ecuador, han establecido agencias y normativas de aseguramiento de la calidad, logrando avances significativos, aunque con cobertura aún limitada. En el plano global, la evaluación y acreditación de la educación superior se ha convertido en una tendencia generalizada más que en una política aislada. Esto obedece a la conciencia de que la mera expansión de la educación superior (en matrícula, en número de instituciones) no garantiza per se la excelencia académica; por el contrario, sin mecanismos de control, la masificación puede derivar en mercantilización de la educación, con instituciones que priorizan fines lucrativos por sobre la formación integral. Ecuador, al igual que otros países, ha debido conciliar la creciente demanda de acceso con la preservación de estándares mínimos de calidad mediante procesos rigurosos de evaluación externa.

### **3. Autonomía responsable y derechos de las universidades vs. control de calidad**

Un aspecto central del debate sobre calidad educativa en las carreras de derecho es cómo conjugar la autonomía universitaria con las exigencias estatales de acreditación y control de calidad. La autonomía universitaria, consagrada en la legislación ecuatoriana, históricamente ha garantizado la libertad académica, la capacidad de autogobierno y la independencia en la gestión de las instituciones de educación superior. Este principio permite a cada universidad definir su modelo educativo, sus planes de estudio y proyectos de investigación de acuerdo con su identidad y misión. Sin autonomía, el quehacer científico y la innovación académica podrían verse coartados por directrices gubernamentales uniformizantes.

No obstante, la Constitución y la LOES enfatizan que se trata de una autonomía responsable, entendiendo por tal que la libertad universitaria debe ejercerse con sujeción a la rendición de cuentas y al cumplimiento de la calidad (Constitución de la República de Ecuador, 2008; LOES, 2010). En la práctica, esto significa que, si bien las universidades de derecho pueden diseñar sus programas, deben hacerlo dentro del marco de referencia que asegure ciertos niveles de excelencia definidos por políticas públicas. Por ejemplo, una facultad de jurisprudencia no puede ignorar estándares básicos (como la exigencia de profesores con título de cuarto nivel, o de ciertas materias fundamentales en el pènsun) argumentando autonomía, ya que ello contravendría el derecho de los estudiantes a una educación de calidad y el interés público que representa la profesión jurídica.

Este equilibrio ha generado tensiones. Algunos autores sostienen que los procesos de acreditación, tal como se han aplicado, pueden menoscabar la autonomía institucional. Martínez et al. (2017) advierten que las universidades, al tener que cumplir estrictamente los lineamientos fijados por organismos de control para lograr la acreditación, “pierden

su autonomía responsable” en la práctica, pues terminan orientando sus esfuerzos a satisfacer indicadores estandarizados más que a sus propios proyectos académicos (p. 81). De modo similar, se cuestiona si la evaluación externa considera suficientemente las particularidades de cada institución. Guaglianone (2012) señala que muchas políticas de evaluación siguen una visión lineal y homogeneizadora que no siempre refleja la complejidad de las distintas culturas organizacionales universitarias, lo cual pone en duda la efectividad de estos procesos de mejora cuando se aplican de forma indiscriminada (p.28). En otras palabras, la búsqueda de calidad no debería implicar uniformar a todas las universidades de Derecho bajo un mismo molde, ya que cada una tiene distintas fortalezas, contextos y poblaciones estudiantiles.

Por otro lado, también se ha argumentado que la autonomía no puede esgrimirse como excusa para eludir la responsabilidad de ofrecer educación de calidad. Desde la perspectiva de los derechos de los actores de la comunidad universitaria, la calidad académica constituye un límite y a la vez una razón de ser de la autonomía. Navas (2019) sugiere que debe haber una armonización entre el principio de calidad y los derechos de las universidades, tomando en serio ambos elementos para “fortalecer, enriquecer y potenciar los procesos que llevan a cabo las universidades” (p. 2). Esto implica que la autonomía debe ser un medio para lograr la excelencia académica, no un fin en sí mismo. Una universidad verdaderamente autónoma y responsable es aquella que, sin coerción externa, se autoimpone altos estándares, evalúa críticamente su propio desempeño y busca mejorar continuamente en beneficio de sus estudiantes y de la sociedad.

En Ecuador, el concepto de autonomía responsable ha orientado las políticas públicas: las instituciones de educación superior gozan de libertad, pero deben responder por sus resultados ante la sociedad y el Estado. Este principio se traduce en mecanismos como la rendición de informes, la participación de la comunidad universitaria en el cogobierno institucional

y la obligación de someterse a evaluaciones periódicas. Así, la autonomía responsable busca garantizar, por ejemplo, la libertad de cátedra e investigación (cada profesor e investigador puede explorar las materias y métodos que considere pertinentes), a la vez que asegura que existan controles de calidad (evaluaciones, acreditaciones) para que esa libertad redunde en verdaderos aportes y no en negligencia académica.

Finalmente, un elemento crucial es la participación de los propios actores universitarios en los procesos de mejora de la calidad. Estudios como el de Ovando (2015) enfatizan que directivos, docentes, estudiantes e incluso graduados deben involucrarse directamente en la reflexión sobre la práctica educativa, con miras a reorganizar el trabajo académico, reorientar programas y fortalecer la oferta formativa de las carreras. Solo con esta participación se logra que la cultura de calidad sea asumida internamente y no vista como una imposición externa. En las facultades de derecho, esto supone, por ejemplo, que profesores y estudiantes colaboren en la actualización curricular, que se analicen continuamente los resultados de aprendizaje (tasa de aprobación en el examen de habilitación profesional, desempeño de egresados en el campo laboral, etc.) y que se implementen correctivos cuando sea necesario. La calidad, en suma, no puede asegurarse únicamente desde “arriba” con normas, sino que debe construirse “desde adentro” con compromiso institucional.

## **Conclusiones**

La calidad de la educación superior en las carreras de derecho en Ecuador se configura como un derecho fundamental y, simultáneamente, como una condición sine qua non para el adecuado ejercicio profesional y el fortalecimiento del Estado de derecho. Garantizar esta calidad es una obligación impostergable del Estado ecuatoriano, derivada tanto de los marcos internacionales de derechos humanos como de su Constitución vigente. Al ser las carreras jurídicas de interés público, el Estado actúa como garante de que la formación de abogados cumpla con los más altos

estándares, protegiendo así el interés de la sociedad en contar con operadores de justicia competentes, éticos y socialmente comprometidos.

Las reformas emprendidas, particularmente desde 2008, demuestran la voluntad de elevar la calidad académica mediante sistemas de evaluación y acreditación. Estas políticas han tenido resultados positivos en cuanto a visibilizar falencias y estimular mejoras en muchas instituciones. Sin embargo, también han puesto de relieve la necesidad de encontrar un equilibrio adecuado: por un lado, evitar la mercantilización de la educación superior, combatiendo la proliferación de programas de Derecho sin las debidas garantías; por otro, respetar la autonomía universitaria, de modo que las soluciones no homogenicen ni burocraticen en exceso la labor educativa.

El principio de autonomía responsable emerge, en este sentido, como la brújula para armonizar ambos extremos. Las universidades de derecho deben conservar la libertad de definir sus proyectos académicos y pedagógicos, pero entendiendo que dicha libertad conlleva la responsabilidad de autorregularse para alcanzar la excelencia. La autonomía responsable no es una restricción, sino un llamado a que las instituciones actúen con madurez y transparencia, rindiendo cuentas a la sociedad sobre la calidad de sus procesos formativos.

En conclusión, para asegurar la calidad de la educación jurídica como parte del derecho fundamental a la educación, es imprescindible consolidar un marco jurídico y de políticas públicas que articule claramente las obligaciones estatales de supervisión con la libertad académica de las instituciones. Este marco debe incluir: criterios de calidad pertinentes y consensuados con la academia, procesos de evaluación participativos que involucren a la comunidad universitaria, y mecanismos de mejora continua más que meramente punitivos. Solo así se logrará una formación en derecho que responda a las necesidades contemporáneas de justicia y equidad social, honrando el mandato constitucional de ofrecer una educación superior de calidad para todos, sin sacrificar los valores democráticos de la autonomía y la libertad intelectual.

## **REFERENCIAS**

- Asamblea Constituyente de Ecuador. (06 de agosto de 2008). Deroga Ley Universidad Cooperativa de Colombia. [Mandato Constituyente No. 14]. <https://www.educacionsuperior.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/02/Mandato-Constituyente-14.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (12 de octubre de 2010). Ley Orgánica de Educación Superior (LOES). [Registro Oficial 298]. <https://www.gob.ec/regulaciones/ley-organica-educacion-superior-0>
- Consejo de Educación Superior de Ecuador. (2013). Reglamento de Régimen Académico. <https://www.ces.gob.ec/lotaip/2018/Enero/Anexos%20Procu/An-lit-a2-Reglamento%20de%20RC3%A9gimen%20Acad%C3%A9mico.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- González, L. E. (2005). El impacto del proceso de evaluación y acreditación en las universidades de América Latina. En I. Lavados. (Ed.). *Los procesos de acreditación en el desarrollo de las universidades* (pp. 1-35). El proceso de acreditación en el desarrollo de las universidades (pp. 1-35). Centro Interamericano de Desarrollo CINDA.
- Guaglianone, A. (2012). *Las políticas públicas de evaluación y acreditación de las carreras de grado en Argentina. Calidad en la Educación*, (36), 187-210. <https://doi.org/10.4067/S0718-45652012000100006>
- Martínez Iñiguez, J. E., Tobón, S., y Romero Sandoval, A. (2017). Problemáticas relacionadas con la acreditación de la calidad de la educación superior en América Latina. *Innovación Educativa*, 17(73), 79-96.
- Navas Alvear, M. (2019). Calidad de la educación superior y los derechos de los actores de la comunidad universitaria. *Papers Universitaris*

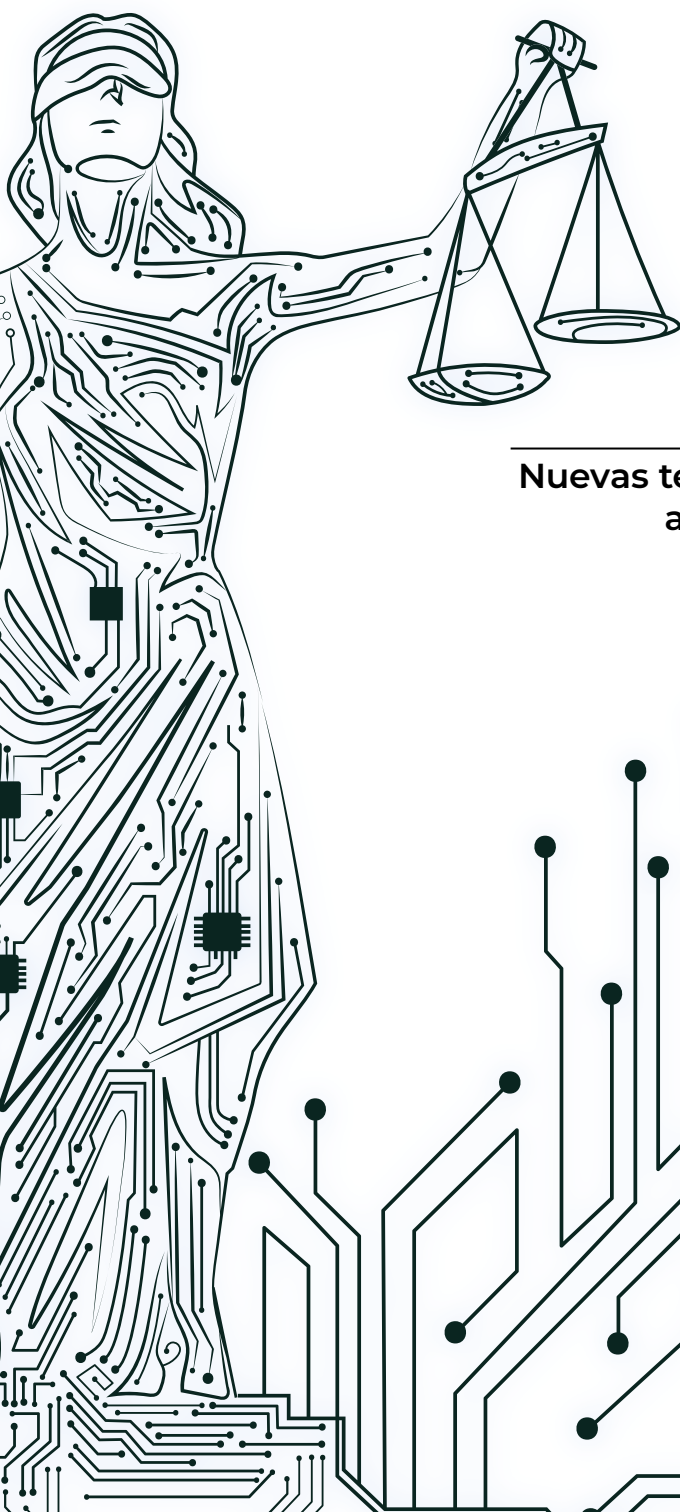
Universidad Andina Simón Bolívar, 1-13. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6588>

Organización de Estados Americanos. (1988). Convención Americana sobre Derechos Humanos. [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

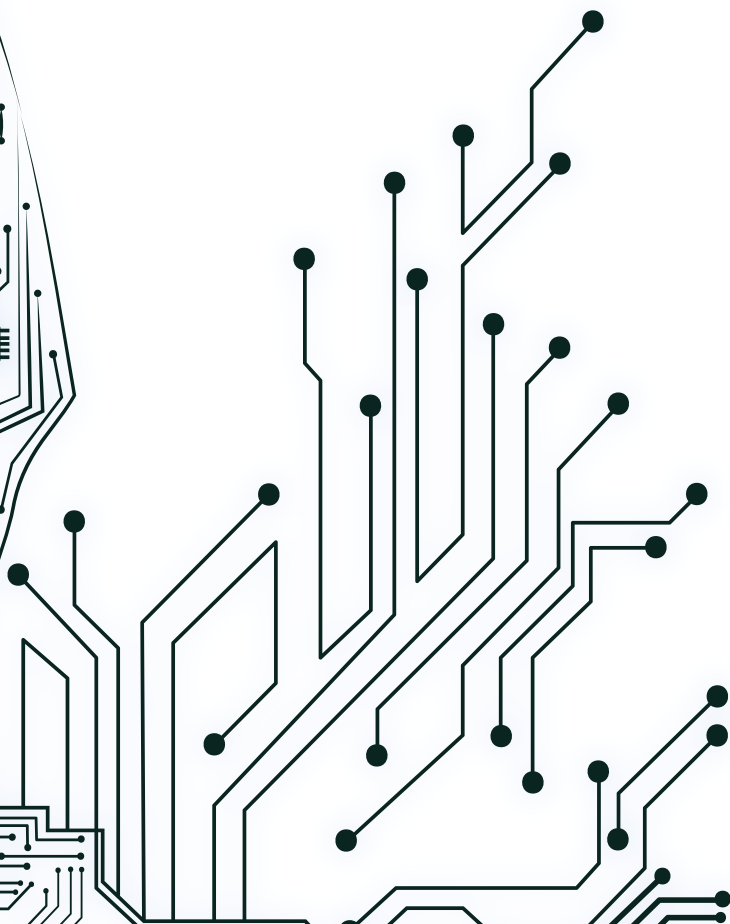
Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Ovando, M. (2015). *Los procesos de evaluación y acreditación y su impacto desde la perspectiva de los actores universitarios en la UNACH* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Chiapas]. <https://repositorio.unach.mx/jspui/bitstream/123456789/3763/1/RIBC145612.pdf>



## **CAPÍTULO CINCO**

**Nuevas tecnologías, inteligencia  
artificial, trabajo y litigio**



## **Los retos del derecho laboral: nuevas realidades frente a viejos esquemas**

---

**Juan Pablo Rosero Gomajoa**

### **Resumen**

La presente ponencia aborda las categorías fundamentales del XI Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Reformas, Nuevas Tecnologías y Desafíos del siglo XXI, a partir del estudio de tres problemáticas que giran en torno al derecho laboral: el advenimiento de la Inteligencia Artificial como remplazo de la fuerza del trabajo, el auge de los trabajadores digitales y el garantismo de los derechos laborales desconectado de las realidades económicas del país y las regiones. El análisis realizado permitió concluir que el derecho laboral en Colombia no está preparado para enfrentar los desafíos sociales, económicos y tecnológicos del siglo XXI y de las generaciones digitales.

**Palabras clave:** derecho laboral; nuevas tecnologías; trabajadores digitales; garantismo laboral; industria 4.0.

### **Abstract**

This paper addresses the three core themes of the Eleventh International Congress on Constitutional Law, reforms, emerging technologies, and the challenges of the twenty-first century, through the examination of three labor law issues: the advent of Artificial Intelligence as a substitute for human labor, the rise of digital workers, and the protective approach to labor rights that remains disconnected from the economic realities of the country and its regions. The analysis led to the conclusion that labor law in Colombia is not equipped to meet the social, economic, and technological challenges of the twenty-first century and the digital generations.

**Keywords:** labor law; emerging technologies; digital workers; protective approach to labor rights; industry 4.0.

## **Introducción**

En la actualidad, el derecho laboral atraviesa uno de los momentos más decisivos de su historia. Desde su origen como producto de las transformaciones sociales y económicas derivadas de la Revolución francesa y la Revolución Industrial a finales el siglo XVIII e inicios del XIX (Goyes, 2018), su ámbito de regulación se ha centrado en el trabajador industrial, siguiendo las lógicas del modelo productivo de la época.

Esta situación se ve reflejada en la legislación sustancial que regula las relaciones laborales en Colombia, la cual data de mediados del siglo XX. En efecto, a pesar de sus reformas, el Código Sustantivo del Trabajo de 1950 realiza una radiografía de las relaciones laborales en un contexto social, económico y político considerablemente distinto al actual.

Así las cosas, la configuración del contrato de trabajo gira en torno a la concurrencia de tres elementos: i) la prestación personal del servicio, ii) la continua subordinación del trabajador frente al empleador y iii) el pago de una remuneración por la prestación del servicio, denominada “salario” (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 23). Al estar en presencia de estos elementos, el ordenamiento jurídico colombiano abre las puertas a un grupo de trabajadores formales para acceder a los derechos y prestaciones derivadas de la relación laboral.

Adicionalmente, tal como lo expone De Lafont (2006), la regulación laboral en Colombia ha sido producto de un discurso paternalista del Estado y de los diferentes actores sociales, lo que ha llevado a la expedición de una legislación ampliamente protectora del trabajador, pero escasamente pensada desde el empleador. Es por ello que autores como Posner (2014) han resaltado la importancia de adaptar la legislación laboral a las realidades económicas, pues la regulación excesiva puede derivar en consecuencias económicas no deseadas.

En este contexto, es claro que el derecho laboral en Colombia se caracteriza por: i) seguir la lógica de los modelos de producción de la primera, segunda y tercera revolución industrial, ii) supeditar la existencia del contrato de trabajo a la concurrencia de tres elementos definidos, iii) proteger, en su mayoría, al trabajador en condiciones de formalidad y iv) regular las relaciones laborales sin atender a la realidad económica del país.

Con las transformaciones socio-económicas y el advenimiento de la cuarta revolución industrial como nuevo paradigma tecnológico (Joyanes, 2017), el derecho laboral se enfrenta a un escenario totalmente disruptivo, donde los cimientos sobre los cuales se encuentra asentado empiezan a vacilar. Es así que, en el marco del XI Congreso Internacional de Derecho Constitucional, la presente ponencia abordará las categorías fundamentales de este encuentro: las reformas, nuevas tecnologías y desafíos del siglo XXI, a partir de una pregunta: ¿el derecho laboral está preparado para los desafíos sociales, económicos y tecnológicos del siglo XXI y de las generaciones digitales?

La respuesta, sencilla, pero jamás simple, es un rotundo no. Este planteamiento se sustenta en tres desafíos que se encuentra enfrentando el derecho laboral en la actualidad: el primero, el advenimiento de la Inteligencia Artificial (IA) como reemplazo de la fuerza de trabajo. El segundo, el auge de los trabajadores digitales y, finalmente, el garantismo no moderado de los derechos laborales frente a la realidad económica del país y de las diferentes regiones.

Las problemáticas expuestas, que serán abordadas a profundidad a continuación, permiten reflexionar acerca del papel del derecho laboral en un escenario de aplicación intempestiva de las nuevas tecnologías y herramientas de la cuarta revolución industrial en las relaciones laborales y comerciales. De igual manera, permiten cuestionar la materialización efectiva del carácter social del derecho laboral, al vislumbrar la necesidad de pensar un derecho laboral para todos los trabajadores, incluyendo los informales.

## **1. El advenimiento de las herramientas de la cuarta revolución industrial como reemplazo de la fuerza de trabajo**

Desde finales del siglo XX, la capacidad de los microprocesadores de almacenar datos y de procesar información empezó a impulsar una revolución tecnológica sin precedentes. Gracias a ello, fue posible arribar a una nueva fase fundamentada en fenómenos como la robotización, la IA, la automatización y tecnologías para gestionar grandes volúmenes de información. La relevancia de esta nueva etapa es tal, que ha sido denominada *la cuarta revolución industrial* (Nava y Naspleda, 2020).

El fenómeno de la cuarta revolución industrial incluye innovaciones como la automatización, es decir, la realización de tareas por máquinas en lugar de humanos; la IA para adelantar tareas complejas autónomamente; robots industriales, autónomos y reprogramables para realizar tareas industriales; el *big data* para conservar y procesar grandes cantidades de información; el internet de las cosas, entre otras (Nava y Naspleda, 2020).

Sin duda, la nueva revolución tecnológica ha repercutido en todas las áreas disciplinares. Es así que se ha extendido a profesiones como la medicina, el derecho, la ingeniería, pero, sobre todo, al sector industrial, agropecuario y servicios (Estrada et al., 2022). Así las cosas, es evidente que la irrupción de las herramientas de la cuarta revolución industrial está revolucionando el mundo entero, y el derecho laboral es uno de los principales afectados.

En efecto, la operatividad de las empresas y la actividad productiva está siendo transformada debido a la automatización de los procesos y la realización de tareas a través de IA y robots con sistemas integrados de IA, llegando a reemplazar el trabajo humano. Así lo retrata Torres (2023):

La adopción de esta tecnología puede conducir a la sustitución de trabajo por capital, lo que puede tener impactos negativos

en el mercado laboral, como el aumento del desempleo, la reubicación de trabajadores en empleos de menor calificación y el aumento de las brechas de desigualdad (p. 296).

Se trata de un fenómeno que ya está sucediendo. Tal es caso de Apolo, un robot humanoide programado con IA para la realización de tareas en el proceso de producción de Mercedes-Benz, antes realizadas por humanos. De igual manera, otros fabricantes como Honda, Hyundai y BMW han implementado robots humanoides para el desarrollo de tareas repetitivas o peligrosas (Forbes México, 2025).

Es así como la automatización se instituye en un eje transversal del derecho laboral que plantea varios desafíos en la actualidad. El primero y más grande de ellos, es la disminución de la oferta de empleo debido a la capacidad de las herramientas de la cuarta revolución industrial para adelantar diversas tareas y obtener resultados alejados de las posibilidades humanas, lo que tiende a conllevar a la sustitución de los trabajadores en aras de “aumentar la productividad, mejorar el control del trabajo y reducir los costos de producción” (Nava y Naspleda, 2020, p. 95). Es así que:

Al inicio de marzo del 2021, la OIT estimaba que se han perdido hasta 47 millones de empleos en América Latina y el Caribe; el Banco Mundial (BM) reconoce que este fenómeno es solo una aceleración de las “tendencias preexistentes en el mercado laboral: la adopción de nuevas tecnologías, y la profundización de la desigualdad de ingresos”, y según una encuesta del BID y la Universidad de Cornell, “los miembros de los hogares más pobres tienen una probabilidad tres veces mayor de perder su empleo que los de los hogares más ricos” (Beylis 2021) (Vergès, 2022, p. 5).

Sin embargo, además del aumento del desempleo, la implementación de estas herramientas deriva en otras consecuencias importantes para

el derecho laboral. Una de ellas es el aumento en la brecha salarial y de desigualdad, teniendo en cuenta la disminución de los trabajos de menor cualificación en contraste con el aumento de los que requieren una mano de obra altamente preparada con habilidades digitales para adaptarse a los cambios tecnológicos y mantenerse competitivos. Esta situación incrementa la brecha salarial entre los dos grupos y afecta principalmente a los países con economías emergentes, reduciendo las ventajas de producción frente a los países en desarrollo (Torres, 2023; Ortiz, 2022; Nava y Naspleda, 2020).

Ante este panorama, es crucial que el derecho laboral se adapte ante las transformaciones digitales. Sin duda, la incorporación de herramientas de la cuarta revolución industrial en la economía exige que la regulación laboral evolucione para abordar riesgos inminentes como la sustitución del trabajo humano, el aumento de la brecha de desigualdad, la precarización de las condiciones laborales y la falta de capacitación de las personas que las hace menos competitivas en el mercado actual (Valencia y Trujillo, 2025).

En ese sentido, es fundamental que el Estado impulse políticas de capacitación laboral que permitan a los trabajadores adquirir las competencias necesarias para insertarse en los nuevos modelos productivos. Por lo tanto, la inversión en educación, así como la creación de marcos normativos que regulen la implementación de IA y sistemas de automatización en las relaciones laborales, son pasos urgentes para enfrentar los desafíos actuales. Así, mediante una regulación laboral adaptada a las realidades de la cuarta revolución industrial, será posible maximizar los beneficios de la innovación tecnológica y, al mismo tiempo, mitigar sus riesgos, asegurando un futuro del trabajo sostenible (Torres, 2023).

## **2. El auge de los trabajadores digitales**

Si bien a lo largo del aparte precedente se abordaron las problemáticas que giran en torno a la implementación de las nuevas tecnologías en los

procesos productivos respecto de los trabajadores, no es posible afirmar que de ella deriven únicamente conflictos. Por el contrario, algunos autores respaldan la tesis de que el cambio tecnológico, a pesar de automatizar algunos empleos, conlleva a la creación de otros nuevos (Palacio, 2023).

De igual manera, la conectividad ha permitido el ejercicio del trabajo a través de medios digitales, sin necesidad de asistir de manera presencial a las instalaciones físicas de la empresa. En el mismo sentido, con el trabajo digital se ha matizado el estricto cumplimiento de la jornada laboral, al asignar tareas que pueden ser desempeñadas de acuerdo a los tiempos individuales de cada empleado.

Es así como los conceptos de “teletrabajo”, “trabajo remoto”, “trabajo en casa” y “trabajo híbrido” se tornan cada vez más comunes en el flujo comercial y laboral. Uno de los más novedosos es el de “nómadas digitales”, entendidos como aquellos que se conectan de manera remota desde cualquier parte del mundo a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), lo que les permite trabajar para empresas nacionales e internacionales y cumplir con sus obligaciones laborales en el marco de sus propios horarios:

La Revolución 4.0 (...) movilizó al mundo laboral tradicional. Cambió el eje del trabajador que va a su lugar de empleo, en días de semana y horarios fijos bajo las órdenes de un solo empleador. Ahora el trabajo es el que va a la persona. El Nómada Digital es aquel que se conecta mediante el uso de las TICS, de manera remota desde cualquier parte del mundo, permitiéndole trabajar por objetivos bajo sus propios horarios. Es un proceso socioeconómico y laboral del Siglo XXI en fase inicial que implica la liberación del profesional respecto a barreras geográficas, se rompen las estructuras laborales tradicionales produciendo su flexibilización (Arizcuren, 2020, p. 271).

En efecto, el entramado que gira en torno a los trabajadores digitales está rompiendo con las estructuras tradicionales del derecho laboral construidas bajo la lógica del trabajador industrial. De ahí que, inclusive, se estén difuminando algunos de los elementos constitutivos del contrato laboral como la subordinación. Ciertamente, las nuevas dinámicas de producción y la flexibilización de las relaciones laborales están cuestionando la concepción tradicional del contrato de trabajo, principalmente porque la subordinación no se ve del todo clara en un escenario en el que los trabajadores cumplen sus funciones desde cualquier parte del mundo, dentro de sus propios horarios y donde la dependencia respecto al empleador es menos evidente (Chaparro, 2018; Valencia, 2021).

Sumado a ello, así como las dinámicas laborales de mediados del siglo pasado retratadas por el Código Sustantivo del Trabajo se han transformado, también lo han hecho los trabajadores. Las nuevas generaciones tienen una nueva visión frente al ejercicio del trabajo, poniendo como prioridad la estabilidad en el ingreso sobre la estabilidad en el empleo y dejando de lado la aspiración de mantenerse en un mismo cargo durante un periodo extendido de tiempo. Así lo señaló la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2025) en un estudio sobre los desafíos y oportunidades laborales de los jóvenes en América Latina y el Caribe:

Se observa un cambio en la valoración del trabajo, con un mayor énfasis en la búsqueda de un equilibrio entre la vida laboral y personal y una menor tolerancia a las condiciones laborales precarias. Los jóvenes (...) valoran cada vez más aspectos como la flexibilidad, el significado del trabajo y el desarrollo personal, más allá de los ingresos económicos. Por lo tanto, se observa una perspectiva distinta, de resignificación tanto del trabajo como de sus trayectorias laborales. (...) En este sentido, para estos jóvenes, el trabajo tiene más que ver con una dimensión práctica que con una simbólica, ya que suelen asociarlo con la estabilidad financiera y la supervivencia (p. 56).

En este orden de ideas, el auge de los trabajadores digitales trae consigo una serie de cuestionamientos frente al derecho laboral tradicionalmente concebido. La flexibilidad laboral pone en tela de juicio elementos constitutivos del contrato del trabajo, dejando en evidencia la imperiosa necesidad de crear una regulación extensiva a las formas de vinculación laboral en el marco de la revolución tecnológica, que permita resignificar el contrato de trabajo y brindar garantías a los trabajadores de la era digital que han dejado de seguir las lógicas industriales, para adecuarse a las lógicas digitales.

Asimismo, las reformas normativas deben adecuarse a las necesidades de las nuevas generaciones, que han dejado de percibir el trabajo como un proyecto de vida en sí mismo, para concebirlo como un medio de estabilidad económica y de desarrollo personal. En este escenario, el derecho laboral debe repensar sus bases para adaptarse a las nuevas dinámicas comerciales, así como a los requerimientos de la juventud, de manera que no se limite a preservar esquemas del siglo pasado, sino que acompañe la transformación digital del trabajo.

### **3. El garantismo de los derechos laborales no moderado a las realidades económicas del país y las regiones**

El artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo señala la finalidad del derecho laboral: “lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social” (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 1). En este marco, es preciso evaluar si realmente el derecho laboral se encuentra contribuyendo a la construcción de una justicia social, atendiendo a las realidades económicas del país y sus regiones.

Para el efecto, se torna pertinente analizar los datos más recientes del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). De acuerdo con ellos, para el trimestre móvil marzo-mayo 2025, el 55,9%

de las personas ocupadas trabajan en informalidad (DANE, 2025). Adicionalmente, el porcentaje de informalidad varía según el tamaño de la empresa, de la siguiente manera:

*Tabla 1*  
Porcentaje de trabajadores en informalidad según el tamaño de la empresa

| <i>Tamaño de empresa</i> | <i>Porcentaje de informalidad</i> |
|--------------------------|-----------------------------------|
| Microempresa             | 85 %                              |
| Empresa pequeña          | 19,7 %                            |
| Empresa mediana          | 5,6 %                             |
| Empresa grande           | 2,5 %                             |

*Nota.* Tabla realizada con información de DANE (2025).

Las cifras arrojan una realidad indiscutible: 6 de cada 10 trabajadores en Colombia son informales. Esto significa que no tienen acceso a los derechos laborales reconocidos por el ordenamiento jurídico: casi la mitad de ellos ganan menos de un salario mínimo (Martínez, 2025) y no se encuentran afiliados al sistema general de seguridad social. Sumado a ello, es evidente que el porcentaje de informalidad es considerablemente superior en la micro y pequeña empresa, en comparación con la mediana y grande.

Este panorama pone sobre la mesa una posible relación entre la informalidad laboral y la rigidez normativa que exige las mismas condiciones al pequeño y al gran empresario. Así lo señala Djankov (2008), al afirmar que los países en desarrollo con una regulación laboral rígida, tienden a tener mayores niveles de informalidad y desempleo, reduciendo la creación de empleos formales. Tesis soportada por David et al. (2020) en un estudio para el Fondo Monetario Internacional, de acuerdo con el cual los altos niveles de informalidad en América Latina y el Caribe se encuentran estrechamente relacionados con una regulación rígida.

Frente al particular, estudios como el de Williams y Lansky (2013) permiten tener una perspectiva de la informalidad como respuesta racional de los microempresarios frente a la sobrerregulación de la normatividad laboral. Sin duda, todos los presupuestos abordados encuentran su fundamento en el análisis económico del derecho adelantado por Posner (2014), quien dedicó una parte de su análisis a las relaciones de trabajo.

De acuerdo con Posner (2014), si bien medidas como el salario mínimo están inspiradas en un espíritu protector, lo cierto es que pueden generar consecuencias adversas para los trabajadores y para la economía en general. En este orden de ideas, al fijar un umbral salarial uniforme, se encarece la mano de obra de algunos sectores de la población menos productivos, lo que deriva en mayores tasas de desempleo o en el acceso a él en condiciones de informalidad. Este razonamiento adquiere mayor relevancia en regiones como Nariño, donde prima la micro y pequeña empresa (Cámara de Comercio de Pasto, 2018) y el margen de ganancias es reducido.

En ese sentido, para los pequeños empresarios y comerciantes, el pago de un salario mínimo absorbe su capacidad de generar utilidades y, en la mayoría de los casos, equivale a la totalidad de su propia ganancia. De esta manera, la rigidez normativa que exige las mismas condiciones al grande y pequeño empresario contribuye al incremento de la informalidad laboral, pues obliga a los pequeños comerciantes a evadir el marco legal en aras de garantizar su subsistencia y la de quienes dependen de ellos.

Así las cosas, es preciso cuestionar la efectiva materialización del equilibrio social y económico prescrito por el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo, en un escenario en el que la mayor parte del mercado laboral es el pueblo dando trabajo al mismo pueblo. Las cifras dilucidan una clara realidad, y es que el derecho laboral no puede seguirse pensando como un instrumento de protección económica solo para el trabajador, sino que el

ordenamiento jurídico debe comprender la realidad económica y adaptarse a las dinámicas de la sociedad colombiana.

De lo contrario, únicamente se está garantizando el derecho a un grupo de trabajadores formales, lo que conlleva a una regresividad del derecho laboral que excluye a millones de trabajadores informales o autónomos. En consecuencia, si las leyes se siguen pensando de manera utópica, rígida y uniforme, se continuará replicando un sistema disfuncional en el ámbito laboral, desconectado de las realidades económicas nacionales y regionales. Por ello, se torna imperioso transitar hacia un marco normativo flexible y contextualizado, en aras de evitar que el derecho laboral se convierta en un privilegio de pocos en lugar de un derecho para todos.

## **Conclusiones**

En el marco del XI Congreso Internacional de Derecho Constitucional: Reformas, Nuevas Tecnologías y Desafíos del Siglo XXI, es imperante abordar los retos que este nuevo panorama presenta ante el derecho laboral a la luz de un interrogante: ¿está preparado para los desafíos sociales, económicos y tecnológicos del siglo XXI y de las generaciones digitales? La respuesta, como se abordó a lo largo de la ponencia, es negativa.

El primer desafío, referente al advenimiento de la IA como reemplazo de la fuerza de trabajo, deja en evidencia un derecho laboral estancado en el paradigma del siglo pasado, pero haciendo frente a las nuevas realidades del presente. En ese sentido, la automatización y la IA, lejos de ser simples herramientas de apoyo, se han consolidado como sustitutos del trabajo humano en varios sectores. Es por ello que se torna urgente adelantar cambios, no solo normativos, sino estructurales, con el fin de que el derecho laboral cumpla con su función de equilibrar las relaciones de trabajo y garantice que la innovación tecnológica se convierta en un motor para la justicia social, en lugar de un factor de precarización.

Bajo la misma línea, la llegada de las nuevas tecnologías ha facilitado el ejercicio del trabajo a través de medios virtuales. Es así que el auge de los trabajadores digitales, que pueden desempeñar sus funciones desde cualquier parte del mundo y en el tiempo que mejor se adapte a ellos, constituye un reto inminente para el derecho laboral y la concepción tradicional del contrato de trabajo. Esto evidencia la necesidad de crear una regulación extensiva a las formas de vinculación laboral en el marco de la revolución tecnológica, que permita resignificar el contrato de trabajo y brindar garantías a los trabajadores de la era digital que han dejado de seguir las lógicas industriales retratadas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, el tercer desafío hace referencia a la problematización del garantismo de los derechos laborales no moderado a las realidades económicas del país y las regiones. En un panorama en el que más de la mitad de los trabajadores en Colombia se encuentra en informalidad, principalmente en las micro y pequeñas empresas, es pertinente cuestionar el papel que juega una legislación ampliamente garantista. En efecto, una regulación desconectada de la realidad económica y la capacidad real de los empleadores, termina produciendo efectos negativos -contrario a su espíritu inicial-: fomenta la evasión de la ley e incentiva la informalidad, debilitando así el carácter social del derecho laboral.

En suma, los retos abordados permiten dilucidar que el derecho laboral en Colombia se encuentra en un momento decisivo en el que mantener un marco normativo rígido y anclado a lógicas productivas del pasado solo contribuye a profundizar la exclusión y la desigualdad. Por ello, es apremiante empezar a concebir un derecho laboral incluyente, flexible y adaptado a las dinámicas de la cuarta revolución industrial, capaz de proteger a todos los trabajadores y de armonizar la garantía de los derechos con la sostenibilidad económica del país y las regiones.

## **REFERENCIAS**

- Arizcuren, V. S. (2020, 2 de noviembre). Nómadas digitales (conferencia). *Encuentro de Docentes, Investigadores y Estudiantes de Derecho y Tecnología, modalidad virtual*. <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/148537>
- Cámara de Comercio de Pasto. (2018). <https://ccpasto.org.co/wp-content/uploads/2022/06/Boletin-Economico-No.-02-2018-Panorama-Empresarial-Camara-de-Comercio-de-Pasto.pdf>
- Chaparro, W. A. (2018). *Tecnología: Hacia un nuevo concepto de la subordinación laboral* (Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia). Archivo digital. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/69780/80195584.2018.pdf?sequence=1>
- Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.]. (1950). [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html)
- David, A., Pienknagura, S. y Roldos, J. (2020). *Labor Market Dynamics, Informality, and Regulations in Latin America*. International Monetary Found. [https://www.elibrary.imf.org/view/journals/001/2020/019/article-A001-en.xml?utm\\_source=chatgpt.com](https://www.elibrary.imf.org/view/journals/001/2020/019/article-A001-en.xml?utm_source=chatgpt.com)
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2025). *Boletín técnico. Ocupación informal Trimestre móvil marzo-mayo 2025*. <https://www.dane.gov.co/files/operaciones/GEIH/bol-GEIHEISS-mar-may2025.pdf>
- De Lafont, F. R. (2006). *El discurso paternalista en la formación de la norma laboral. Construcción histórica*. Universidad Externado de Colombia.
- Djankov, S. (2008). Employment laws in developing countries. *Journal of Comparative Economics*, 37(1), 3-13. [https://www.researchgate.net/publication/222610854\\_Employment\\_laws\\_in\\_developing\\_countries](https://www.researchgate.net/publication/222610854_Employment_laws_in_developing_countries)

- Estrada, M. L., Loor, H. Y. y Viteri, L. Y. (2022). Reemplazo de personal humano por inteligencia artificial: ventajas y desventajas. *Investigación y Negocios*, 15(25), 31-38. [http://www.scielo.org.bo/pdf/riyn/v15n25/v15n25\\_a04.pdf](http://www.scielo.org.bo/pdf/riyn/v15n25/v15n25_a04.pdf)
- Forbes México. (2025, 18 de marzo). *Mercedes-Benz adquiere una participación en el fabricante de robótica Apptronik y prueba robots en fábricas*. <https://forbes.com.mx/mercedes-benz-adquiere-una-participacion-en-el-fabricante-de-robotica-apptronik-y-prueba-robots-en-fabricas/>
- Goyes, I. (2018). *Derecho Laboral individual con enfoque de derechos y perspectiva de género*. Editorial Universidad de Nariño.
- Joyanes, L. (2017). *Industria 4.0: La cuarta revolución industrial*. Alfaomega.
- Martínez, M. (2025, 30 de abril). *Bajos salarios, normas rígidas y prestación de servicios: algunos retos para el Día del Trabajo en Colombia*. Pesquisa Javeriana. <https://www.javeriana.edu.co/pesquisa/dia-trabajo-colombia/>
- Nava, A. y Naspleda, F. D. (2020). Inteligencia artificial, automatización, reestructuración capitalista y el futuro del trabajo: un estado de la cuestión. *Cuadernos de Economía Crítica*, 6(12), 93-114. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/143688>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2025). *Juventud en cambio: Desafíos y oportunidades en el mercado laboral de América Latina y el Caribe*. <https://www.ilo.org/sites/default/files/2025-02/Informe%20juventud%20en%20cambio%202025.pdf>
- Ortiz, L. (2022). Derecho y trabajo en la era de la inteligencia artificial. *Revista de la Escuela Judicial*, (2), 288-313. <https://revista.cmagistraturabsas.gob.ar/escuelajudicial/article/view/44/45>
- Palacio, R. (2023). *Las nuevas tecnologías y su impacto en el empleo* (Tesis de Pregrado, Universidad de Oviedo). [Archivo digital]. [https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/69778/tfg\\_RebecaPalacioSantiago.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/69778/tfg_RebecaPalacioSantiago.pdf?sequence=4&isAllowed=y)

- Posner, R. A. (2014). *Economic Analysis of Law* (9th ed.). Wolters Kluwer Law & Business.
- Torres, R. I. (2023). Los riesgos y los desafíos que enfrentan los trabajadores frente al uso de la inteligencia artificial en el trabajo. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 6, 289-313. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/rdpt/article/view/778/1082>
- Valencia, A. y Trujillo, E. E. (2025). Impacto laboral por el reemplazo de mano de obra calificada por inteligencia artificial en América Latina. En J. C. Urriago, M. S. Aponte, J. D. Salcedo y A. Romero. (Eds.). *Memorias del Diplomado Pensamiento Investigativo Para Estudiantes* (5ª ed.), (pp. 176-184). Institución de Educación Superior Unidad Central del Valle del Cauca. <https://repositorio.uceva.edu.co/bitstream/handle/20.500.12993/4947/Capitulo22-MemoriasDiplomadoPensamientoInvestigativo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Valencia, G. D. (2021). *El trabajo líquido: la subordinación laboral en las plataformas digitales: el caso de Rappi* (Tesis de Maestría, Universidad de los Andes). Archivo digital. <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/dd0a7da1-f485-4a92-b2eb-f836399103a2>
- Williams, C. C. y Lansky, M. A. (2013). Informal employment in developed and developing economies: Perspectives and policy responses. *International Labour Review*, 152(3-4), 355-380. <https://researchrepository.ilo.org/esploro/outputs/journalArticle/Informal-employment-in-developed-and-developing/995218697302676>
- Vergès, C. (2022). Precarización laboral, desigualdad y nuevas tecnologías. *Revista Colombiana de Bioética*, 17(1), 1-17. <https://www.medigraphic.com/pdfs/bioetica/rcb-2022/rcb221b.pdf>

## **¿El reemplazo del trabajo humano por la inteligencia artificial hará que desaparezca el derecho del trabajo?**

---

**Luz Amalia Andrade Arévalo**

### **Resumen**

Estamos ante un desafío tecnológico de alcances inimaginables, porque el uso de la inteligencia artificial ha generado una nueva realidad que implica un desplazamiento del trabajo humano o la pérdida de puestos de trabajo, por las capacidades cognitivas que ha desarrollado la tecnología. Las nuevas formas de organizar el trabajo han desdibujado el contrato de trabajo tradicional y nos imponen buscar, por los medios constitucionales y legislativos, la protección del trabajo humano en todas sus manifestaciones.

**Palabras clave:** inteligencia artificial, plataformas digitales, contrato laboral, trabajo humano.

### **Abstract**

We are facing a technological challenge of unimaginable scope, because the use of artificial intelligence has generated a new reality that implies a displacement of human work or the loss of jobs, due to the cognitive capacities that technology has developed. The new ways of organizing work have blurred the traditional employment contract and compel us to seek constitutional and legislative mechanisms to protect human labor in all its forms.

**Keywords:** artificial intelligence, digital platforms, employment contract, human labor.

## **Introducción**

La revolución de la inteligencia artificial (IA) no será un único punto de inflexión crucial después del cual el mercado laboral alcanzará un nuevo equilibrio. Más bien, será una cascada de disrupciones cada vez mayores. A fin de enfrentarnos a las disrupciones tecnológicas y económicas del siglo XXI, necesitamos desarrollar nuevos modelos sociales y económicos tan pronto sea posible. Dichos modelos deberían guiarse por el principio de proteger a los humanos y no los empleos (Harari, 2024).

La irrupción de la inteligencia artificial ha tocado todos los ámbitos de la vida actual y genera en la humanidad una sensación de desconcierto, de temor a lo desconocido, de incertidumbre y, para los Estados, grandes retos en todas las áreas, como en la economía, la política, la educación, la salud, la comunicación y, obviamente, en el área del trabajo humano.

A lo largo de la historia de la sociedad humana, se han presentado grandes cambios que han modificado la vida cotidiana y han influido en todas las áreas de su existencia, imponiendo la adaptación a las diferentes realidades, instituciones y formas de producción de bienes y servicios. Todos esos cambios se han consolidado por el quehacer de las personas, quienes han moldeado su vida conforme va cambiando la realidad en cuanto a la obtención de sustento y satisfacción de necesidades, porque el trabajo humano, como principal fuente de progreso social y de desarrollo económico, ha generado el mejoramiento de nivel de vida y el progreso de la humanidad.

No obstante, estamos ante un desafío tecnológico de alcances inimaginables, porque temas como la IA, algoritmos de macrodatos, bioingeniería, *chat bots*, etc., requiere un conocimiento especializado que no poseemos la generalidad de la sociedad. Pero, algo aún más trascendental, es que la nueva realidad implica un desplazamiento del trabajo humano o la pérdida

de puestos de trabajo, ya que el desarrollo tecnológico ha logrado que la IA desarrolle capacidades cognitivas como aprender, analizar y comunicar que, antes de esta época, eran habilidades exclusivas de los seres humanos.

Desde el constitucionalismo y desde el derecho del trabajo y la seguridad social, el reto es grande porque uno de los fines del derecho constitucional es explicar las relaciones de poder en concordancia con la garantía de la libertad de los individuos. Esto, teóricamente, se logra con la efectividad de la aplicación de la norma, partiendo de la premisa de que, si hay cumplimiento de la Constitución y de la ley, se garantiza un nivel de vida digno de las personas que entregan su fuerza de trabajo, en aras, no solo de su supervivencia, sino del desarrollo económico de los estados.

Con base en lo anterior, se partirá por exponer el avance del derecho laboral en Colombia desde su constitucionalización producida en 1991, los avances legislativos para proteger a los trabajadores frente la irrupción de la IA, la necesidad de que la protección laboral no esté restringida al concepto clásico del contrato de trabajo a partir de las nuevas formas de trabajo, para concluir la urgente necesidad de protección de todas las personas que ejercen alguna actividad productiva.

## **1. Constitucionalización del derecho laboral en Colombia**

Un gran avance en nuestro país para el derecho laboral y de la seguridad social, se produjo con la expedición de la Constitución de 1991, por la cual se constitucionalizó su contenido, en el sentido de otorgarle un carácter relevante al elevar a canon constitucional el reconocimiento de los derechos fundamentales laborales y, ante todo, al considerar el trabajo como principio, como deber y como derecho, con una finalidad acorde al sistema normativo internacional, desde una perspectiva de derechos humanos. Estos postulados se reflejaron desde el preámbulo y el artículo 1 de la Constitución Política de 1991, donde se consagró el trabajo como uno

de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, tan importante como los principios de dignidad humana, solidaridad y prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991).

Gracias a esta fórmula política del Estado social de derecho colombiano, se ha avanzado hasta en la protección material de los derechos fundamentales del trabajador. No obstante, en la época actual, ante la irrupción de la IA como manifestación particular del desarrollo tecnológico, las relaciones en un mundo globalizado y la existencia de riesgos inminentes de nuestra supervivencia como especie, el papel del derecho constitucional se torna relevante para sentar pautas para afrontar el dilema del progreso frente a la preservación de derechos fundamentales como la intimidad, la protección de los datos personales ante la informática, el reconocimiento del derecho de las personas a participar en el progreso informático y los derechos laborales fundamentales.

Para lograr ese cometido, debe hacerlo desde un modelo diferente, por cuanto el Estado nacional y el derecho interno de cada país no son suficientes para armonizar las nuevas formas de relacionarnos, las nuevas formas de organización de las empresas y la nueva forma de trabajo impuesto por el acelerado desarrollo tecnológico, ya que la globalización nos ha llevado a unas relaciones diferentes en todos los ámbitos, que las normas constitucionales no logran cubrir.

Como afirma Cassese (como se citó en Sánchez, 2002):

La crisis que para el Estado supone la globalización (en tanto que ésta da lugar a una progresiva degradación de las fronteras soberanas de aquél), conlleva también la crisis misma de la Constitución normativa puesto que construida precisamente en torno a aquél; la incapacidad o, como poco, la limitación estatal generada por la globalización repercute negativamente

en la propia efectividad normativa de la Constitución estatal, ya que ésta pasa a ser incapaz de ordenar totalmente la realidad político-jurídica del interior del Estado (p. 231).

Por tanto, el derecho constitucional y el derecho del trabajo constitucionalizado deben abarcar ámbitos que superen los límites del Estado, generando normas e instituciones de carácter regional e internacional que sirvan para regular las nuevas relaciones económicas, empresariales y laborales. Dichas normas e instituciones deben ser dinámicas, adaptables fácilmente a los cambios apresurados que estamos viviendo en la actualidad, y el sistema constitucional debe ser comparado con el de otros Estados que hayan tenido experiencias exitosas en la globalización económica y tecnológica.

Es cierto que los cambios y el desarrollo son permanentes en la historia de la humanidad y que el derecho debe adaptarse a ellos, pero, en este momento, esos cambios son muy veloces y de tal intensidad, que las regulaciones normativas se tornan inciertas y temporales, lo que hace que el derecho quede rezagado para garantizar los derechos fundamentales y para generar seguridad jurídica. Por ello, se impone la necesidad de crear nuevos procedimientos normativos más ágiles, pero, a su vez, estables en temas fundamentales como son los derechos humanos, el respeto de las minorías y, ante todo, la protección de la dignidad humana.

Una manifestación de la necesidad de llegar a acuerdos internacionales que se impone a los Estados, es la Cumbre Mundial para la Acción sobre la Inteligencia Artificial desarrollada en Bletchley Park en noviembre de 2023, Seúl en mayo de 2024 y París en febrero de 2025, en la que participan jefes de Estado y de Gobierno, dirigentes de organizaciones internacionales, de empresas del sector, universitarios, investigadores y ONG.

Esta cumbre busca, con el esfuerzo colectivo, lograr objetivos como “dar acceso a la mayor cantidad de personas a una IA independiente, segura y fiable; desarrollar inteligencias artificiales más sobrias y respetuosas

con el medio ambiente, asegurarse de que la gobernanza mundial de la IA sea, a la vez, eficaz e inclusiva” (Embajada de Francia en Colombia, 2025, párr. 13, 14 y 15) y desarrollar la incidencia en los diferentes ámbitos de la sociedad, buscando que la IA se utilice en beneficio del interés público; en el futuro del trabajo; en la innovación y la cultura; que sea una IA fiable; que se logre la gobernanza mundial de la IA y la utilización de la misma en la democracia (Embajada de Francia en Colombia, 2025. Es así como los Estados reconocen que “corresponde a la comunidad internacional mantener el equilibrio de nuestras sociedades y dar forma a una IA que respete los valores universales” (Embajada de Francia en Colombia, 2025, párr. 2).

El derecho constitucional, entonces, debe asumir la tarea de regular temas tecnológicos e informáticos, tarea bastante ardua por su limitación en cuanto al conocimiento científico y tecnológico y por la incertidumbre de su desarrollo abrumador. Hoy, el derecho constitucional está abocado a no tener respuestas absolutas y a quedarse relegado. No obstante, siempre debe generar instrumentos novedosos para garantizar esos “valores universales” en beneficio de la humanidad, como puede ser la adopción de principios tan importantes como el de precaución y el de responsabilidad, para imponer limitaciones a actividades o productos sobre los que recaen sospechas fundadas de producir un daño futuro, o el de responsabilidad, que sirve de guía para hacer compatible con el mantenimiento de la vida humana y el desarrollo tecnológico.

## **2. Normatividad colombiana de protección del trabajo frente a la irrupción de la IA**

En el ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 15 de la Carta Política se contempla el deber del Estado de otorgar una protección especial del derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, del derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas y se

contempla la protección de la libertad y demás garantías, así como la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (C.P., 1991, art. 15). De igual manera la Ley Estatutaria 1581 de 2012 establece el régimen general de protección de datos personales, concretando el derecho fundamental de todas las personas frente al correcto uso de su información y estandarización del uso del habeas data (Ley 1581, 2012).

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio emitió la Circular Externa No. 002 de 2024, que estableció directrices claves para asegurar que el manejo de datos personales en sistemas de IA se realice de manera respetuosa con los derechos fundamentales. Estas directrices buscan asegurar que los titulares de los datos tengan plena seguridad sobre el uso de su información personal, promoviendo así una mayor transparencia y responsabilidad frente al desarrollo de actividades donde se involucre tal información (Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Externa 002, 2024).

La ley colombiana permite el uso de tecnologías para tratar datos, pero exige que se haga de manera respetuosa y conforme al ordenamiento jurídico, e impone sanciones por incumplir estos deberes, desde la multa y la suspensión, hasta el cierre definitivo de las operaciones de las empresas en Colombia, lo cual hace evidente que el derecho está en constante adaptación al cambio.

Además, cursa en el Congreso el proyecto de Ley No. 091 de 2023, “mediante el cual se establece el uso responsable de la IA dentro de los principios éticos y legales que garanticen seguridad, transparencia, igualdad y equidad para sus usuarios” (Senado de la República de Colombia, 2024, párr. 3), toda vez que se ha tenido en cuenta por el legislador la discusión sobre la implementación consciente de la IA porque “esta tecnología no solo impulsa la eficiencia y la innovación, sino que también demanda una reflexión ética para garantizar que su aplicación respete los valores fun-

damentales y los derechos individuales” (Ramírez, como se citó en Senado de la República de Colombia, 2024, párr. 5).

Es evidente que, tanto a nivel internacional como a nivel interno, se han tomado medidas normativas para la protección de los valores universales de la humanidad, pero aún falta mucho para garantizar los derechos, no solo desde el habeas data, sino también desde la inclusión de otros derechos que han surgido gracias al desarrollo tecnológico, tales como el derecho al olvido, la libertad informática, el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático, entre otros; y, obviamente, en lo que toca a los derechos al trabajo y a la seguridad social, el derecho constitucional deberá desarrollar principios y normas de optimización para que estos derechos sean garantizados frente al desarrollo de la IA.

Sobre el tema, en Colombia se radicó el proyecto de Ley 130 de 2023 que busca crear la armonización de la IA con el derecho al trabajo de las personas, iniciativa que tiene como objetivo la protección de los derechos de los trabajadores y la correcta utilización de la IA, buscando garantizar la estabilidad laboral y el derecho al trabajo de las personas, mediante la armonización de los avances científicos y tecnológicos con el ejercicio laboral de los colombianos, así como

... regular el uso de algoritmos para la selección de personal, incorporar de manera reglamentada el uso de la IA en el ejercicio de control, dirección y evaluación de desempeño de los empleados en las entidades públicas y privadas. Finalmente, se espera...impulsar a las instituciones de educación superior para que orienten a los estudiantes de cara a oportunidades laborales donde se interactúe de manera correcta con la IA, dando prioridad al empleo de personas que, eventualmente, puedan ser remplazadas por dicha herramienta tecnológica (Senado de la República de Colombia, 2024, párr. 9 y 10).

Adicionalmente, se introdujeron disposiciones como la directriz a entidades para asegurar la imparcialidad de los procesos, la confiabilidad de las bases de datos, y la actualización del software. Asimismo, se instó al Ministerio del Trabajo a crear incentivos para las empresas cuyo capital humano sea preparado para trabajar con IA.

### **3. Justificación de las normas laborales como protectoras de todo trabajo humano**

Este fundamento constitucional nos permite acercarnos a una visión desde el derecho del trabajo, puesto que la cuarta revolución y la era digital trae cambios acelerados y temas complejos nunca vistos a lo largo de la historia de la humanidad, que inciden directamente en el mundo del trabajo, puesto que el contrato laboral, tal como lo conocíamos ha quedado relegado, ya que se han transmutado las condiciones en las cuales se ejecuta, se ha modificado la forma de comunicación entre los actores, han mutado los lugares desde donde se desarrolla el contrato, se ha transformado la forma de prestación del servicio e, incluso, se ha deslaboralizado la relación que, en muchos, casos es necesario hacer un análisis profundo para deducir si existe trabajo subordinado o si se trata de relaciones autónomas e independientes. Para muchos, esta realidad implica que el trabajo humano será reemplazado en poco tiempo por la robotización y la IA (Jiménez, 2024).

Bien lo dice Harari (2024):

Desde el inicio de la revolución industrial, para cada empleo que se perdía debido a una máquina se creó al menos uno nuevo, y el nivel de vida medio ha aumentado de manera espectacular. Pero hay buenas razones para pensar que esta vez será diferente y que el aprendizaje automático conllevará un cambio real en las reglas del juego.

...

En el pasado, las máquinas competían con los humanos principalmente en las capacidades físicas en bruto, mientras que estos tenían una enorme ventaja sobre las máquinas en cuanto a cognición...Sin embargo, la IA está empezando ahora a superar a los humanos cada vez más de estas capacidades, entre ellas la comprensión de las emociones humanas (p. 27).

Una de las mayores innovaciones en el mundo del trabajo es el uso de las plataformas digitales que han generado una nueva forma de organización del mismo, porque la tecnología actual (aplicaciones, páginas web, smartphones, algoritmos, entre otros) permite nuevos modelos de negocio y de prestación de servicios; la *ubereconomy*, *gig economy* o “economía bajo demanda”, entendida como un sistema económico mediante el cual una fuerza laboral de personas (conocida como trabajadores colaborativos) se dedica a trabajos independientes y secundarios, es una actividad en la que las personas obtienen ingresos proporcionando trabajo, servicios o bienes bajo demanda, la actividad a menudo se facilita a través de una plataforma digital y la retribución puede recibirse en efectivo, propiedad, bienes o moneda virtual, con la facilidad para el trabajador elegir libremente su horario de trabajo, su jornada y la forma cómo ejecuta el trabajo (Todolí, 2017; Boza y Briones, 2021).

Además de intermediar la compra-venta de bienes y servicios entre particulares, en algunas ocasiones, las empresas que gestionan estas plataformas digitales también prestan u ofrecen determinados servicios al mercado a través de trabajadores “autónomos” o “independientes”. Por otra parte, los teletrabajadores, trabajadores remotos o nómadas digitales, en sus modalidades *free lance*, emprendedores o por cuenta ajena, son categorías de nuevas formas de trabajar que han tomado auge desde la pandemia del covid-19 y con ocasión del avance tecnológico, que permite la prestación de servicios de forma remota, modalidades que nos llevan a un campo incierto sobre la protección de los derechos de las personas

que prestan sus servicios a cambio de una remuneración, e incluso si tales formas generan derechos propios del derecho del trabajo.

En este punto, es pertinente retomar la definición de trabajo humano desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo, entendido como un “conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesario para los individuos” (Levaggi, 2004, párr. 5).

Esta definición explica ampliamente que el trabajo sujeto de protección constitucional y legal no solo es el subordinado, sino todas las actividades humanas que satisfacen necesidades propias o de una comunidad. Por tanto, frente a las nuevas formas de trabajo, el derecho debe ser dinámico y flexible, adaptarse a la nueva realidad para cumplir su finalidad de regular estas relaciones que han sido cambiantes y lo seguirán siendo en la medida que avanza la tecnología y modele la historia de la humanidad.

La Corte Constitucional de Colombia, desde sus albores, realizó esta precisión:

No solo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución, más que al trabajo como actividad abstracta, protege al trabajador y su dignidad (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, T-475, 1992).

Estas nuevas modalidades de trabajo han cambiado el paradigma de la tradicional relación de trabajo subordinado y resaltado la importancia de la prestación del servicio personal autónomo e independiente, buscando

desaparecer del mundo jurídico un elemento esencial del contrato tradicional, como es la subordinación; dando mayor relevancia a la “libertad” de escoger su horario de trabajo, el tiempo de duración de la prestación del servicio, el modo de ejecución del trabajo y el logro de resultados.

Esta realidad imperante en la actualidad, desestructura totalmente el contenido esencial de las leyes laborales, cuya esencia está en la existencia de una relación subordinada; y el modelo de protección se fundamenta en la dependencia en la prestación de los servicios como característica principal del contrato de trabajo. Sin embargo, hoy es evidente la menor dependencia y ello nos introduce en una zona de incertidumbre porque estas personas no pueden ser definidas como trabajadores, sino como emprendedores autónomos cuyo amparo escapa a la protección clásica del trabajador subordinado a un empleador.

Por ello, el reto del derecho del trabajo es prevalecer y mantenerse vigente para lograr la “compensación” de la parte débil de la relación, otrora por la explotación, la subordinación, las jornadas extenuantes, la falta de protección, los lugares de trabajo insanos; hoy, porque los trabajadores no pueden negociar las condiciones de trabajo y, si no aceptan sus estipulaciones, implica no poder trabajar, el bloqueo automático en la plataforma por la baja puntuación en satisfacción del servicio por los usuarios, entre otras; pero también debe prevalecer para proteger a aquellas personas que, sin ser subordinadas, requieren de esas compensaciones.

En la doctrina comparada se puede observar un empuje hacia una redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Aunque haya diferencias entre las propuestas, todas ellas tienen un fin común: ajustar la aplicación de esta disciplina a todos aquéllos que requieren protección. Para ello se parte de la hipótesis de que en la actualidad se está excluyendo del Derecho del Trabajo a muchos sujetos que, realmente, no son

empresarios. Esto es, se entiende que los límites del Derecho del trabajo deben encontrarse allí dónde se halle un genuino empresario. Por el contrario, con la actual definición de subordinación como forma de atribución de derechos laborales, el efecto generado es que existan muchos sujetos que, aunque no son genuinos empresarios, quedan excluidos del Derecho del trabajo (Todolí, 2019, p. 28).

En la legislación colombiana, como en muchas legislaciones del mundo, los derechos laborales nacen de la prestación del servicio subordinado y se impone la protección de ellos a costa de otras personas que, sin ser verdaderas empresarias, son excluidas de esta legislación. En un país en desarrollo como el nuestro, las empresas son pocas, la mayor parte de los trabajadores “independientes” más bien deben ser llamados trabajadores informales que carecen de protección de derechos fundamentales como el salario mínimo, las prestaciones sociales irrenunciables, la seguridad social en pensiones, la máxima jornada de trabajo, restricciones en el trabajo infantil, prevención de riesgos laborales, entre otras.

Por ello, es momento de pensar en ampliar el campo del derecho del trabajo a las personas que trabajan pero que no son verdaderos empresarios o emprendedores; y, como desde la reforma legislativa que está en curso en el Congreso no se contempla esta ampliación normativa porque regula nuevamente con énfasis el contrato de trabajo tradicional y los derechos que manan de él; serán los jueces quienes desarrollen una nueva interpretación al concepto de trabajador, para que esos derechos mínimos e irrenunciables existentes en la Constitución Política y el en Código Sustantivo del Trabajo se apliquen a todas las personas que necesitan protección, y no solo a aquellas privilegiadas que cuentan con formalización laboral.

Como actualmente hay muchos trabajadores denominados “autónomos”, es imperioso analizar con mucho cuidado si realmente se da esa

autonomía, puesto que, así no exista un control directo por parte de los propietarios de las plataformas o de los contratantes de los bienes y servicios por demanda, o que no exista una exigencia de jornada laboral, o un tiempo y modo de prestar un servicio, ello no implica que carezcan de los derechos mínimos para garantizar un trabajo decente.

De ahí que es necesario que existan normas laborales imperativas e irrenunciables en todos los ámbitos de prestación de servicios, porque los derechos sociales son un requisito indispensable para que funcione correctamente el mercado de trabajo (Deakin y Wilkinson, como se citó en Todolí, 2019). De otra parte, la distribución de la riqueza y el bienestar de los trabajadores constituyen una razón que justifica la legislación laboral porque las condiciones laborales de los trabajadores no deben ser decididas por el mercado, sino que han de ser el resultado de un proceso deliberativo democrático que garantice derechos inherentes a la condición humana como la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, religión, derechos inherentes a la condición humana que no pueden ser desconocidos por el simple hecho de no ser trabajador dependiente.

Finalmente, se justifica esta ampliación del concepto de trabajador en la inexistencia de autonomía de la voluntad para negociar las condiciones de trabajo por parte de los trabajadores, pues quienes trabajan en plataformas o como independientes, no tienen la capacidad de negociar libremente sus condiciones laborales ni contractuales, ya que las condiciones son fijadas por la plataforma, siendo iguales para todos los que prestan servicios en ella, no pudiendo ser modificadas ni negociadas individualmente, lo que implica que los trabajadores solamente pueden aceptar o no trabajar. Lo mismo ocurre para muchos trabajadores formalmente autónomos, pero que no gozan de poder para modificar los términos del contrato con su cliente por falta de poder de negociación, lo que conlleva como consecuencia la aceptación de salarios bajos, jornadas de trabajo excesivas, horarios impredecibles, asumir riesgos del negocio por el trabajador, asumir riesgos para la salud, etc.

Por lo anterior, la legislación laboral debe imponerse a las partes, ya que el desequilibrio de poder significa que no existe una libertad contractual real en el trabajador. Las leyes laborales deben imponer límites a la aceptación de ciertas condiciones de trabajo por parte de los trabajadores exista o no dependencia jurídica.

... La dependencia jurídica no fue originariamente -y no lo es ahora- la razón de la aparición de una gran masa de obreros que necesitaban protección. Por el contrario, fue la imposibilidad de tener en su propiedad los medios de producción relevantes. Requerir elementos productivos, activos materiales e inmateriales de un tercero empresario para poder producir es lo que les hace vulnerables y los sitúa en una situación de debilidad en la negociación (desequilibrio poder de negociación) (Todolí, 2019, p. 31).

Con lo anterior, lo que se pretende es que el régimen jurídico laboral se aplique a todo tipo de trabajadores y, solo en caso de absoluta necesidad, se dé prevalencia de la relación laboral formalizada, lo que justifica el fortalecimiento de las leyes laborales en ámbitos de carácter internacional y nacional.

En la Cumbre de la IA en París, el director general de la OIT, Gilbert Houngbo (como se citó en SWI, 2025), manifestó que, en particular, la IA generativa capaz de producir todo tipo de contenidos, ya tiene un impacto en el mundo del trabajo y que producirá una gran pérdida de empleos:

En total, la inteligencia artificial debería afectar al 2,3% de los puestos de trabajo en todo el mundo, es decir, alrededor de 75 millones de empleos, según cálculos de la OIT.

...

Para que estos trabajadores no se queden al margen de estos cambios, se necesita “un verdadero apoyo a través de un sistema

de protección social” y “formación continua” de los empleados... En realidad no es la inteligencia artificial la que nos quitará nuestro empleo, sino la falta de preparación para desarrollar nuevas habilidades en el contexto de la IA lo que lo hará (SWI, 2025, párr. 7, 9 y 10).

## **Conclusiones**

El Estado Nacional y el derecho interno no son suficientes para armonizar las nuevas formas de organización de las empresas y la nueva forma de trabajo impuesta por el desarrollo tecnológico y la globalización. Es necesario desarrollar normas internacionales que protejan el trabajo humano.

El derecho constitucional está abocado a no tener respuestas absolutas ante el cambio acelerado y constante por el desarrollo. No obstante, debe generar instrumentos novedosos para garantizar los “valores universales” en beneficio de la humanidad.

En Colombia, el artículo 15 de la Constitución Política, la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y la Circular Externa No. 2 en agosto de 2024, los proyectos de Ley No. 091 de 2023 y No. 130 de 2023, son manifestaciones desde el poder legislativo para armonizar el uso de la tecnología y la IA con el derecho al trabajo de las personas, proteger los derechos de los trabajadores y la correcta utilización de la IA.

La legislación laboral se justifica aún ante la prevalencia de la IA, porque su objetivo es proteger el trabajo humano en todas sus manifestaciones y no solo el derivado del contrato de trabajo.

## **REFERENCIAS**

- Boza, G. y Briones, J. (2021). Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de las plataformas digitales. *Revista LABOREM*, (24), 43-74. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem24-04.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (18 de octubre de 2012). Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. [Ley 1581 de 2012]. DO: 48.587
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (29 de julio de 1992). Sentencia T-475 [M.P.: Cifuentes, E.].
- Embajada de Francia en Colombia. (2025, 17 de febrero). *Cumbre de Acción sobre Inteligencia Artificial (10 y 11 de febrero de 2025)*. <https://co.ambafrance.org/Cumbre-de-Accion-sobre-Inteligencia-Artificial-10-y-11-de-febrero-de-2025>
- Harari, Y. (2018). *21 lecciones para el siglo XXI* (J. Ros, Trad.). Debate.
- Jiménez, I. (2024). ( del 16 de abril al 18 de septiembre). El Trabajo en la Era Digital: Desafíos de la cuarta Revolución Industrial [conferencia]. *Congreso Internacional de Derecho del Trabajo Universidad Católica de Oriente*, Rionegro, Colombia. <https://perfilesycapacidades.javeriana.edu.co/es/publications/el-trabajo-en-la-era-digital-desaf%C3%A1dos-de-la-cuarta-revoluci%C3%B3n-ind>
- Levaggi, V. (2004, 9 de agosto). *¿Qué es el trabajo decente?* Organización Internacional del Trabajo [OIT]. <https://www.ilo.org/es/resource/news/que-es-el-trabajo-decente>

- Sánchez, J. (2016). El derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional. *Estudios de Deusto*, 64(2), 225-258. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5878499.pdf>
- Senado de la República de Colombia. (2024, 6 de mayo). *Proyectos de Ley para uso responsable de IA y protección laboral ante nuevas tecnologías*. <https://www.senado.gov.co/index.php/el-senado/noticias/5476-proyectos-de-ley-para-uso-responsable-de-ia-y-proteccion-laboral-ante-nuevas-tecnologias>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (21 de agosto de 2024). Circular Externa 002. Lineamientos sobre el Tratamiento de Datos personales en Sistemas e Inteligencia Artificial. <https://sedeelectronica.sic.gov.co/sites/default/files/normativa/Circular%20Externa%20No.%20002%20del%2021%20de%20agosto%20de%202024.pdf>
- SWI. (2025, 10 de febrero). *La IA va a incrementar las desigualdades entre hombres y mujeres, según el director de la OIT*. <https://www.swissinfo.ch/spa/la-ia-va-a-incrementar-las-desigualdades-entre-hombres-y-mujeres%2C-seg%C3%BAAn-el-director-de-la-oit/88853494>
- Todolí, A. (2017). Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (*Gig economy*). *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, (140), 95-103. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6312615.pdf>
- Todolí, A. (2019). Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista. *Lan Harremanak*, (41), 17-41. [https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/20880/19211](https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/20880/19211)

## **El derecho a la propia imagen vs. nuevas tecnologías: una reflexión desde el séptimo arte y sus íconos**

---

**Manuel Antonio Coral Pabón**

### **Resumen**

En el derecho nacional y comparado, es doctrina pacífica considerar la existencia del derecho fundamental a la propia imagen. Para el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha perfilado sus características identificatorias y el legislador ha aportado algunos elementos normativos que garantizan su protección. No obstante, la proliferación de nuevas tecnologías que hoy abundan y permiten el uso de la imagen en diversos escenarios, entre ellos, el cinematográfico, plantea una serie de dudas sobre el uso de la misma, en particular, en el caso de artistas ya fallecidos.

**Palabras clave:** derecho fundamental a la propia imagen, la imagen en el cine.

### **Abstract**

In national and comparative law, it is common doctrine to consider the existence of the fundamental right to one's own image. In the case of Colombia, the Constitutional Court has outlined its identifying characteristics and the legislator has provided some normative elements that guarantee its protection. However, the proliferation of new technologies that abound today and allow the use of the image in various scenarios, including the cinematographic one, raises a series of doubts about the use of the same, in particular, in the case of artists who have already passed away.

**Keywords:** fundamental right to one's own image, the image in the cinema.

## **Introducción**

En YouTube circula un video donde se presenta un comercial de chocolates protagonizado por la actriz Audrey Hepburn, luciendo la imagen corporal que tenía en las épocas de la película *Vacaciones en Roma*, de 1953 (Dove Chocolate, 2014). El comercial no tendría nada de particular, si no fuera porque fue protagonizado por la famosa actriz, veinte años después de su muerte (El Espectador, 2013). Con plena seguridad, Audrey no autorizó nunca el uso futuro de su imagen para propósitos publicitarios, más aún si se considera que, en las épocas en que vivió y falleció, no se contaba con la tecnología actual. Lo expresado sirve de pretexto para hacer una reflexión sobre el derecho a la propia imagen, su concepto, tratamiento jurisprudencial y legal, tanto en el derecho nacional como comparado; finalmente, se analizará el uso de la imagen en la esfera cinematográfica, en particular, de los íconos del cine y la problemática que de ello se deriva.

### **1. Conceptualización: Visiones jurisprudenciales y doctrinarias sobre el alcance del derecho a la propia imagen**

Desde la orilla de la teoría de los derechos subjetivos se puede sostener que, indefectiblemente, todo derecho subjetivo tiene como finalidad la satisfacción de una o varias necesidades, afirmación que de tajo elimina la posibilidad de que existan derechos inútiles, se legisle o litigue sobre ellos. De otro lado, la complejidad de las relaciones sociales, aunada a la problemática derivada de la aplicación de nuevas tecnologías a dichas relaciones, ha propiciado la germinación de nuevos derechos, enfocados a la satisfacción de nuevas necesidades, referidas a la protección del uso indebido de la propia imagen en diversos escenarios, llámense redes sociales, fotografías, videos musicales, televisión o cine, entre otros.

Dado que la fuente ley, entendida en un sentido amplio, resulta deficiente o insuficiente para estructurar un concepto del derecho a la propia

imagen y su objeto de protección, fuentes alternas como la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de este cometido. A manera simplemente de ejemplos demostrativos de conceptos, se ofrecen los siguientes:

- a. El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023) presenta varias acepciones: “Derecho a controlar la captación, difusión y, en su caso, explotación de los rasgos físicos que hacen reconocible a una persona como sujeto individualizado” (párr. 4); “Aspecto del derecho a la vida privada y familiar referido a la interdicción de la captación y difusión de la imagen de una persona, especialmente cuando se utilizan mecanismos ocultos para la obtención de la misma” (párr. 5) y “Derecho de la persona a difundir su propia imagen y a impedir esa difusión por parte de terceros” (párr. 6).

Nótese que, de la lectura de estas definiciones, ya se puede inferir un debate sobre la naturaleza jurídica del derecho a la propia imagen, del cual no ha estado exento la Corte Constitucional colombiana y la doctrina (Nogueira, 2007): La primera y tercera acepciones apuntan a la autonomía de este derecho, en el sentido de no derivarse o estar conectado con otros, mientras que la segunda acepción alude a su carácter subordinado, asociado al derecho a la intimidad personal y familiar.

- b. La Corte de Apelaciones de Santiago de Chile ha definido este derecho como “la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso, aun cuando sea inocente” (como se citó en Nogueira, 2007, p. 261). De este concepto del derecho judicial austral, se destaca el hecho de que precisa el alcance del derecho a la propia imagen, el cual no únicamente se puede hacer valer frente a la generación de perjuicios evidentes, sino también en eventos de uso inocente de la imagen, desprovisto de cualquier tipo de intencionalidad dañosa y posiblemente, sin potencialidad para generar perjuicios.

- c. El Tribunal Constitucional Español ha propuesto esta definición:

Es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (como se citó en Nogueira, 2007, p. 263).

Se destaca de este concepto, el amplio ámbito de protección que se le otorga al derecho, dado que cobijaría la imagen en la intimidad y fuera de ella, punto en particular que permite preguntarse sobre el alcance del citado derecho y su eventual modulación en tratándose de personajes públicos.

- d. Al comentar los alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional Español, fechada el 24 de febrero de 2020, relacionada con la determinación de la eventual ilicitud del hecho de acompañar una noticia violenta con una foto de la víctima descargada de Facebook, sin que haya mediado la autorización de su titular, la profesora Laura Flores (2020), apoyada en la propia jurisprudencia ibérica, estructura el concepto del derecho a la propia imagen a partir de la idea de que los derechos subjetivos involucran facultades, en particular: (i) la de “controlar la captación y la difusión de la información sobre los rasgos que identifican a una persona la cual incluye no solo los rasgos físicos, sino también el nombre y la voz” (Flores, 2020, p. 341) y (ii) la de “evitar la difusión no consentida de su aspecto físico, considerado este como «el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo»” (Tribunal Constitucional Español, STC 99, 1994, como se citó en Flores, 2020, p. 343).

- e. Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia reconoce tres “facetas” involucradas en el derecho a la propia imagen, que en la práctica son facultades radicadas en el sujeto: (i) “determinar su propia imagen, es decir, la forma en la que quiere verse y ser percibido por los demás” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-063, 2024); (ii) disponer de la propia imagen, facultad que debe entenderse en una doble vía: positiva, pues se faculta al individuo para “decidir las partes de su imagen que pueden ser difundidas de manera onerosa o gratuita” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-063, 2024) y negativa, donde la facultad se concreta a “prohibir la obtención, utilización o reproducción no autorizada de la imagen de una persona” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-063, 2024) y (iii) proteger la “imagen social”, que abarca “la caracterización que una persona logra de sí misma en la sociedad y que le permite identificarse plenamente frente a los otros” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-063, 2024).

A manera de resumen, esta breve presentación de conceptos, tomados de la doctrina y jurisprudencia nacional y foránea, permite concluir que, el derecho en comento, garantiza al titular del mismo la potencialización y uso de su propia imagen, así como la posibilidad de formular oposición a la manipulación indebida de la misma, perpetrada a través de cualquier medio, físico, digital y en general, tecnológico.

## 2. Caracterización del derecho a la propia imagen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

A diferencia de constituciones como la española, donde se consagra el derecho a la propia imagen de forma expresa<sup>85</sup> (Constitución Española, 1978, art. 18), la Carta colombiana no dispuso su consagración normativa

---

<sup>85</sup> “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (Constitución Española, 1978, art. 18).

explícita. No obstante, y dada la imperante necesidad de su reconocimiento, la propia imagen, como derecho, debe su materialización al trabajo de la Corte Constitucional, ente que, a partir de una construcción argumentativa, lo ha encontrado inmerso en normas con estructura de principios, caracterizadas por un elevado nivel de abstracción. El derecho judicial, no el legislado, ha sido el llamado a perfilar las características de un derecho que, se reitera, no cuenta con consagración explícita en el derecho positivo<sup>86</sup>:

- a. Es un derecho fundamental, característica que garantiza su justiciabilidad mediante la acción de tutela.
- b. Es un derecho implícito, atípico e innominado, no está consagrado en texto normativo alguno y es el fruto de razonamientos precedidos de inferencias lógicamente válidas a partir de premisas normativas expresas (Guastini, 2014). A partir de normas abiertas con estructura de principios, que consagran derechos como la personalidad jurídica, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, la Corte ha inferido la existencia del derecho a la propia imagen, siendo este una regla obtenida a partir de enunciados normativos de principios y valores (Laporta, 2002).
- c. Es un derecho subjetivo, si se considera que otorga a su titular las facultades *supra* citadas, que se concretan a escoger la imagen que se quiera lucir, disponer de ella y protegerla de usos indebidos.
- d. Tiene un carácter autónomo, no obstante derivarse de otros derechos fundamentales, en los cuales la Corte Constitucional ha encontrado

---

<sup>86</sup> Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional se tomaron como insumo para realizar la caracterización del derecho fundamental a la propia imagen: T-090 de 1996, T-322 de 1996, T-408 de 1998, T-471 de 1999, T-405 de 2007, T-356 de 2013, T-379 de 2013, T-634 de 2013, T-015 de 2015, T-277 de 2015, T-050 de 2016, T-145 de 2016, T-546 de 2016, T-117 de 2018, T-160 de 2018, T-407 A de 2018, T-102 de 2019, T-610 de 2019, T-007 de 2020, T-339 de 2020, T-280 de 2022, T-245 A de 2022, T-339 de 2022, T-289 de 2023, T-561 de 2023, T-063 de 2024.

respaldo argumentativo. El Alto Tribunal ha reafirmado su autonomía en reiterada jurisprudencia.

- e. Este derecho cuenta con un núcleo duro y una zona de penumbra. El primero, relacionado con la fisonomía de la persona que permite su identificación en fotografías, esculturas, cualquier tipo de video u otro tipo de expresión gráfica o visual y la segunda, referida a otro tipo de representaciones que generan duda sobre si la fisonomía o imagen de una persona está involucrada o no, como la siluetas o caricaturas.
- f. El derecho ampara la facultad de permitir la comercialización de la imagen a través de actos propios, ejecutados por su titular o por injerencia de terceras personas, descartándose de plano la posibilidad de que dichos terceros, sin la respectiva autorización, cuenten con la libertad de disposición de una imagen ajena. El consentimiento impartido para el uso de la propia imagen no basta con ser simple, debe ser informado y la ausencia del mismo, deviene en la nulidad del respectivo acto contractual.
- g. Es un derecho personalísimo, inseparable de la persona, aspecto en particular que amerita una precisión conceptual para no propiciar una contradicción con la característica anterior: el derecho la propia imagen resulta diferente a la imagen en sí misma considerada; aquél ostenta un carácter incorporeal, mientras que la segunda ostenta una naturaleza corporal, puede ser percibida por los sentidos. La Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de comercializar la imagen y permitir su uso por parte de terceros, sin que esto implique una cesión del derecho a la propia imagen y por supuesto, de la imagen misma, uno y otra, inseparables del sujeto.
- h. Es un derecho relativo, no absoluto, sometido a restricciones, al igual que los demás derechos fundamentales, por ejemplo, en el caso de servidores del Estado de notoria y permanente exposición pública.
- i. Es un derecho de contenido no patrimonial, lo cual no obsta para que el uso de la imagen pueda generarle dividendos a su titular, sin que

por ello la imagen asuma la connotación de cosa o bien, de aquellos estudiados en los cursos de Derecho Civil.

- j. Se extiende a los fallecidos, dado que, en un acto de prolongación de la personalidad, la Corte ha reconocido el derecho a la propia imagen de estos sujetos, que por expresa disposición del artículo 94 del Código Civil colombiano, dejaron de ser personas con ocasión de la muerte (Código Civil, 1887, art. 94). Para hacerlo, inclusive, la Corte ha fallado *ultra y extra petita*, pues la consagración de los cadáveres como sujetos de derechos, no hacía parte de las pretensiones originales planteadas en las demandas de tutela.

### **3. Acerca de ciertas normas de rango legal que se referirían a la protección del derecho a la propia imagen, sin mencionarlo expresamente**

En el ordenamiento jurídico colombiano, se aprecian algunas normas *infra* constitucionales que, a juicio de la doctrina (Ceballos, 2011; Guzmán, 2016), podrían ser consideradas como protectoras del derecho a la propia imagen, sin embargo, no ostentarían su carácter de reglamentarias del mismo: la Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor, no puede considerarse como un desarrollo directo de este derecho fundamental, dado que, por querer del Constituyente de 1991, su regulación está reservada solamente para las leyes estatutarias (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 152) y, de otra parte, la Ley 1581 de 2012, si bien es una ley estatutaria, su objeto es el derecho fundamental al *habeas data*, no el derecho a la propia imagen, aunque, *a la postre*, lo protege (Ley 1581, 2012).

En este orden de ideas, la Ley 23 de 1982 consagra el derecho a oponerse a la exhibición comercial del “busto o retrato”, salvo que se trate de “fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en pú-

blico” (Ley 23, 1982, arts. 36 y 87). Si se trata de fallecidos, la ley genera una posibilidad abstracta de que personas, sin precisar cuáles, emitan consentimiento para su exhibición y de no existir consenso entre ellas, la disputa la dirimirá la autoridad judicial (Ley 23, 1982, art. 88).

De otro lado, la Ley 1581 de 2012, sobre protección de datos personales, prevé que un dato personal es “cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables” (Ley 1581, 2012, art. 3), concepto normativo que ha permitido afirmar que “la imagen de una persona constituye un dato personal por cuanto se trata de un tipo de información capaz de ser asociado a un individuo y permite su identificación” (Guzmán, 2016, p. 64).

Esta norma impone el requisito de la licencia previa para el uso de la imagen, lo cual conlleva que el consentimiento de su titular deba ser anterior, no concomitante ni posterior. Si bien, se reitera, el objeto de esta ley es desarrollar el derecho constitucional al *habeas data* (C.P., 1991, art. 15) y el derecho a la información (C.P., 1991, art. 20), terminó convirtiéndose en una útil herramienta para proteger el derecho a la propia imagen, al ser vinculada con el concepto de dato personal.

#### **4. Derecho a la propia imagen vs. nuevas tecnologías: el cine y sus íconos**

En líneas precedentes, se ha destacado que el derecho a la propia imagen ha sido consagrado en diversos países y Colombia no es la excepción. La adopción de dicho derecho involucra la posibilidad de su judicialización, en procura de su protección y, para ello, en el caso colombiano, se han adoptado medidas jurisprudenciales y normativas. El perjudicado con el uso de su imagen, a partir de su manipulación mediante nuevas tecnologías, contará, en teoría, con recursos judiciales dirigidos a mitigar el daño sufrido.

En el caso específico del cine, el uso de las nuevas tecnologías (CGI, IA, *Deepfake*, VFX, entre otras) ha puesto sobre la palestra la desprotección del gremio de actores y actrices (en general, artistas) que, en Estados Unidos, fueron protagonistas de un mediático paro en el año 2023. El sinsabor subyacente en el gremio se expresa en esta nota periodística:

Emplear tecnologías para escribir una historia o para reemplazar actores mediante el uso del *deepfake* (la posibilidad de replicar el físico, voz y movimientos de una persona) permitiría a las grandes productoras prescindir de seres humanos en la creación de contenidos (El País, 2023, párr. 6).

Este temor fundado lo padecen artistas que, al ser titulares del derecho a la propia imagen, cuentan con recursos para hacerlo valer. La preocupación radica en lo que hemos denominado “los íconos”, artistas ya fallecidos, protagonistas del cine del pasado, que ya no nos acompañan y cuya titularidad del derecho a la propia imagen resulta gaseosa. Este es el momento de las preguntas, no de las respuestas, que surgirían de una situación hipotética:

En el futuro, y frente a la dificultad de encontrar un actor que protagonice las próximas películas de James Bond, agente 007, a los productores de la saga se les ocurre realizar una serie de filmes ambientados en el escenario natural de las novelas de Bond, los años 50s y 60s, en plena guerra fría, tal como las pensó su autor Ian Fleming y para ello, se recreará la imagen de Sean Connery, tal como lucía en la película *Dr. No* de 1962 (este actor falleció en 2020). Como lo mismo podría acontecer con un artista de cine de cualquier país, incluido Colombia, se invita al lector a responder las siguientes preguntas:

¿Para usar la imagen de un artista fallecido, se requiere la autorización de sus sucesores? Y si no cuenta con sucesores, ¿la imagen del fallecido es

de libre disposición? Al hablar de la imagen del fallecido, ¿resulta correcto el uso de la expresión sucesores? ¿Quién podría oponerse al uso de la imagen de un artista fallecido, que será utilizada en una película mediante técnicas de *deepfake* o inteligencia artificial? ¿Cabén aquí los agentes oficiosos? ¿Existe un plazo durante el cual no se podría utilizar la imagen del fallecido? y después de ese plazo ¿entraría a formar parte del patrimonio de la humanidad?.

Si la imagen, separada del derecho a la propia imagen del fallecido, puede tener connotaciones patrimoniales, ¿se convertiría en un activo patrimonial? ¿El uso futuro de la imagen del fallecido puede ser objeto de disposición testamentaria? ¿El derecho a la propia imagen comprende solamente la apariencia del presente? ¿También la del pasado? ¿Y qué sucede si, a partir del uso de una nueva tecnología, se pronostica la apariencia que un artista tendrá en el futuro, ésta también hace parte del núcleo duro del derecho o se mantiene en una zona de penumbra?

## Conclusión

En el derecho nacional y comparado, es doctrina pacífica considerar la existencia del derecho fundamental a la propia imagen. Para el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha perfilado sus características identificatorias y el legislador ha aportado algunos elementos normativos que garantizan su protección. No obstante, la proliferación de nuevas tecnologías que hoy abundan y permiten el uso de la imagen en diversos escenarios, entre ellos, el cinematográfico, plantea una serie de dudas sobre el uso de la misma, en particular, en el caso de artistas ya fallecidos, hoy expuestos a una especie de resurrección profesional, pues la tecnología permite hacerlo. Los puristas del cine aborrecemos esta posibilidad.

## **REFERENCIAS**

- Audrey Hepburn protagoniza comercial tras 20 años de haber fallecido. (2013, marzo 01). *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/actualidad/audrey-hepburn-protagoniza-comercial-tras-20-anos-de-haber-fallecido-article-407816/>
- Ceballos, J. (2011). Aspectos generales del derecho a la propia imagen. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (15), 61-83. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/2999/2643>
- Código Civil. (1887). [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Congreso de la República de Colombia. (18 de octubre de 2012). Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. [Ley 1581 de 2012]. DO: 48.587
- Congreso de la República de Colombia. (28 de enero de 1982). Ley sobre derechos de autor. [Ley 23 de 1982]. DO: 35.949
- Constitución Española. (1978). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=-BOE-A-1978-31229>
- 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 Sexta de Revisión. (28 de febrero de 2024). Sentencia T-063 [M.P.: Lizarazo, A.].
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2023). *Derecho a la propia imagen*. <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-propia-imagen>
- Dove Chocolate. (2014, marzo 15). “It’s DOVE Feat. Audrey Hepburn” 2014 Commercial [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=sB-44n4ADg2Y>

- Flores, L. (2020). Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero. *Revista Estudios de Deusto*, 68(1), 335-376. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1827/2211>
- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*. Universidad Externado de Colombia.
- Guzmán, D. (2016). El contexto actual del derecho a la imagen en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (21), 47-77. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4602/5519>
- Laporta, F. (2002). La creación judicial y el concepto de derecho implícito. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (6), 133-151. [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3092/14239\\_6RJ132.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3092/14239_6RJ132.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Los factores clave para entender la huelga de actores de Hollywood. (2023, julio 19). *El País*. <https://elpais.com/internacional/2023-07-19/los-factores-clave-para-entender-la-huelga-de-actores-de-hollywood.html>
- Nogueira, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. *Revista Ius et Praxis*, 13(2), 245-285. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=SO718-00122007000200011](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO718-00122007000200011)

## **Desafíos de la inteligencia artificial en el litigio: impacto, limitaciones y perspectivas**

---

**Mónica Alejandra León Gil**

### **Resumen**

La incorporación de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito jurídico ha transformado la práctica del derecho, ofreciendo beneficios como la optimización de procesos y el acceso eficiente a la justicia. Sin embargo, plantea desafíos en términos de transparencia, debido proceso e igualdad ante la ley. La IA puede acelerar la resolución de litigios mediante herramientas que automatizan tareas repetitivas, como la generación de providencias y la clasificación de documentos y también conlleva riesgos, como la falta de transparencia de los algoritmos y los posibles sesgos en la toma de decisiones, afectando principios constitucionales.

En todo caso, es claro que la IA representa retos en el ejercicio del litigio, muchas actividades de jueces y litigantes pueden ser robustecidas con herramientas de inteligencia artificial, pero también genera un escenario para pensar cómo deben controvertirse y valorarse medios de prueba que se producen con este tipo de herramientas. Lo que no puede dejarse atrás es que, cualquiera que sea el uso en el litigio, debe estar alineado con principios que aseguren la protección de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** inteligencia artificial, litigio, derechos fundamentales, innovación.

### **Abstract**

Incorporating artificial intelligence (AI) into the legal field has transformed the practice of law, offering benefits such as process optimization and more efficient access to justice. However, it also raises challenges regarding

transparency, due process, and equality before the law. AI can expedite the resolution of disputes through tools that automate repetitive tasks, such as the drafting of judicial decisions and the classification of documents. Nonetheless, it also entails risks, including the opacity of algorithms and potential biases in decision-making, which may impact constitutional principles.

In any case, AI presents challenges in litigation. AI powered tools may enhance many activities by judges and litigators, yet this also creates a new framework for assessing and challenging evidence generated through such technologies. What cannot be overlooked is that any application of artificial intelligence in litigation must be aligned with principles that ensure the protection of fundamental rights.

**Key words:** artificial intelligence, litigation, fundamental rights, innovation.

## **Introducción**

La creciente incorporación de la IA en el ámbito judicial ha transformado significativamente el ejercicio del derecho, planteando una serie de desafíos y oportunidades. Aunque es evidente el impacto positivo en los factores tiempo y costo que representa la IA en ciertos aspectos relacionados con la labor jurídica, también surgen retos y preocupaciones en torno a la transparencia, la privacidad y el impacto en los derechos fundamentales.

Por ello, este escrito pretende analizar algunos beneficios y riesgos que conlleva el uso de la IA en determinados escenarios litigiosos y proponer algunas medidas para su uso responsable. Se explorarán estrategias para garantizar su aplicación ética y su alineación con los principios constitucionales, asegurando que la IA complemente el trabajo humano sin que jamás se llegue a pensar que reemplazará el raciocinio de un juez ni eliminará la garantía del debido proceso.

## ***Impacto en los principios constitucionales***

La utilización de IA en el litigio incide directamente en principios constitucionales como la igualdad ante la ley, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991). La IA puede optimizar el acceso a la justicia, pero también puede generar desigualdades si su implementación no es equitativa o si sus algoritmos presentan sesgos. Como los sistemas de IA categorizan y clasifican, es crucial evitar que estas tecnologías reproduzcan o amplifiquen discriminaciones preexistentes. Existen ya antecedentes que ponen en evidencia cómo los modelos de predicción podrían reflejar sesgos estructurales, afectando el principio de igualdad ante la ley. Asimismo, la falta de transparencia en los algoritmos dificulta la supervisión y el control de decisiones automatizadas, lo que puede derivar en tratamientos desiguales sin justificación objetiva.

Por otro lado, el uso judicial de IA también puede plantear preocupaciones sobre el debido proceso si los tribunales consideran pruebas creadas con el uso de herramientas de IA. En este documento, se enunciará cómo un litigio en la era de la IA enfrenta desafíos significativos debido a la opacidad de los algoritmos, la falta de mecanismos claros de quejas y la protección de la propiedad intelectual. Es esencial garantizar la transparencia y hacer un trabajo minucioso dentro de los litigios para evitar vulneraciones de derechos fundamentales.

## ***Panorama actual del uso de IA en el ámbito jurídico***

La IA se ha implementado en diversas fases del litigio, incluyendo la automatización de providencias y resoluciones mediante herramientas que asisten en la redacción de resoluciones judiciales basadas en modelos predefinidos. También se emplean sistemas de reconocimiento de voz que permiten generar transcripciones automáticas y resaltan puntos clave de

las audiencias, y existen plataformas que utilizan IA para realizar búsquedas rápidas en bases de datos jurídicas y extraer jurisprudencia relevante. Además, tecnologías como la *Technology Assisted Review (TAR)* facilitan la revisión y clasificación de documentos legales, optimizando la gestión de grandes volúmenes de información.

Un caso destacado en Colombia sobre el uso de IA en el ámbito judicial fue el proyecto piloto del Despacho 01 del Tribunal Administrativo del Magdalena, el cual implementó, tiempo atrás, la herramienta Copilot para la transcripción de audiencias. Hoy en día, un gran sector de despachos judiciales en Colombia utiliza las herramientas de IA para dicha labor. Este avance representa un paso significativo en la modernización del sistema judicial, permitiendo una mayor eficiencia en la documentación de los procesos, reduciendo tiempos y optimizando la gestión de la información en los tribunales.

Los sistemas de IA han demostrado ser herramientas versátiles en el ámbito judicial, al permitir la optimización de diversas tareas según las necesidades de cada proceso. En este contexto, los procesos ejecutivos emergen como candidatos ideales para la automatización mediante IA, debido a su naturaleza estructurada, repetitiva y con un bajo nivel de conflictividad. En la mayoría de los casos, estos procedimientos se desarrollan sin oposiciones ni debates jurídicos complejos que requieran un análisis exhaustivo de los hechos o de la norma aplicable.

La IA ofrece múltiples aplicaciones para mejorar la eficiencia en la gestión de procesos ejecutivos. Entre las principales capacidades destacan el cálculo de intereses, la liquidación de créditos, la revisión de los documentos que conforman el título ejecutivo, la extracción de datos de documentos de texto libre, la verificación de datos, la adaptación a los sistemas de gestión de expedientes, la asistencia en la redacción de documentos, el análisis de documentos normativos y jurisprudenciales y la elaboración de bases de datos.

La aplicación de la IA en la justicia no es un concepto teórico, sino una realidad en varias jurisdicciones. A continuación, se presentan tres casos emblemáticos de automatización en procesos ejecutivos en Argentina:

**Caso 1. *Prometea* en la Provincia del Chaco.** La implementación de *Prometea* en el Juzgado de Procesos Ejecutivos, Concursos y Quiebras de la Circunscripción 2 de la Provincia del Chaco permitió la automatización de tareas clave, como la generación de despachos monitorios, el cálculo de honorarios e intereses, y la transcripción de montos a texto. Además, el sistema simplificó la revisión documental mediante un esquema basado en árboles de decisión, lo que redujo significativamente los tiempos de emisión de sentencias. Mientras que, antes, la resolución de un caso podía tardar un mes, con *Prometea* el promedio se redujo a solo tres días (Lavin et al., 2024).

**Caso 2. IA Generativa en la Provincia de Río Negro.** La IA generativa se implementó en procesos de ejecución fiscal, automatizando desde el control formal de la demanda y la verificación de la boleta de deuda, hasta la generación de sentencias monitorias. Este sistema, que utiliza una API de *OpenAI* para validar datos y generar respuestas en formato *JSON*, ha permitido agilizar drásticamente los tiempos de resolución, logrando emitir sentencias en menos de una hora (Lavin et al., 2024).

**Caso 3. IA Generativa en la Provincia del Chaco.** En los Juzgados de Paz del Chaco, un prototipo basado en IA generativa ha sido utilizado para la gestión de ejecuciones de multas y patentes. Esta herramienta clasifica los distintos tipos de ejecuciones, extrae y verifica entidades en documentos judiciales, y genera proyectos de resolución de manera automatizada (Lavin et al., 2024).

## 1. Impacto, limitaciones y perspectivas de la IA en el litigio

### 1.1. Retos y oportunidades para el ejercicio profesional

El ejercicio profesional en la era digital plantea tanto retos como oportunidades. Uno de los principales factores que definirán el éxito de los profesionales del derecho y del sector judicial es su capacidad de adaptación a las nuevas tecnologías. En este sentido, la inversión en conocimiento y herramientas se vuelve crucial para garantizar un ejercicio profesional eficiente y competitivo.

#### *1.1.1. Capacitación en el uso de IA para abogados y operadores judiciales*

La IA está transformando el ejercicio de la profesión legal, desde la automatización de tareas repetitivas hasta el apoyo en la toma de decisiones. Para aprovechar sus beneficios, los abogados y operadores judiciales deben capacitarse en su uso y comprensión. Es fundamental que se sigan desarrollando programas de formación en el manejo de herramientas de IA para la revisión de documentos, análisis predictivo, elaboración de minutas de contratos, extractos y coincidencias, resúmenes, traducciones, entre otros.

El conocimiento de los principios de funcionamiento de la IA permite a los profesionales evaluar la confiabilidad de sus resultados y evitar una dependencia ciega de estas tecnologías. La alfabetización digital en IA se convierte así en una necesidad impostergable para quienes desean mantenerse a la vanguardia del ejercicio profesional, no bajo la perspectiva de máquinas que reemplazarán el trabajo de jueces y litigantes, sino bajo la lupa de contar con el mejor aliado (o asistente) para desarrollar labores con mayor eficiencia.

### ***1.1.2. Desarrollo de nuevas habilidades: comprensión de algoritmos y análisis de datos***

Más allá de la capacitación en el uso de herramientas específicas, es esencial que los profesionales del derecho adquieran habilidades transversales relacionadas con la comprensión de algoritmos y el análisis de datos. La capacidad de interpretar los resultados proporcionados por sistemas automatizados y de identificar sesgos en los algoritmos será un elemento diferenciador en la práctica del derecho.

El análisis de datos, por su parte, permite a los abogados y jueces tomar decisiones basadas en información cuantificable, lo que mejora la eficiencia y la calidad de los procesos judiciales. La incorporación de estas habilidades al perfil profesional ayudará a evitar la obsolescencia y a generar un ejercicio del derecho más transparente y equitativo.

### ***1.1.3. Preservación del razonamiento humano e importancia de mantener el juicio humano en la toma de decisiones***

El avance de la tecnología no debe significar la eliminación del juicio humano en la toma de decisiones, es imprescindible garantizar que los profesionales del derecho mantengan el control sobre los procesos judiciales y la interpretación de normas y principios.

“El derecho no es solo un conjunto de normas, sino un sistema basado en la interpretación y aplicación de principios fundamentales de justicia y equidad” (Remolina, como se citó en *Ámbito Jurídico*, 2024, párr. 35). La IA puede analizar grandes volúmenes de datos y generar predicciones, pero carece de la capacidad de comprender el contexto social, cultural y moral en el que se desarrollan los hechos en cada caso particular.

Es así como la intervención humana sigue siendo esencial para garantizar que las decisiones sean justas y apropiadas. La prudencia, la ética jurídica y la imaginación son elementos que ninguna tecnología puede sustituir completamente, lo que reafirma la necesidad de preservar el razonamiento humano en la toma de decisiones, y la profesión legal no es ajena a ello.

## ***1.2. Impacto de la IA en el principio de igualdad ante la ley***

El principio de igualdad ante la ley exige que toda persona reciba un trato paritario respecto de otro en el sistema judicial<sup>87</sup>. Sin embargo, el uso de IA en el litigio lleva a que se formulen serios interrogantes respecto a la equidad de sus decisiones. Los sistemas de IA pueden amplificar desigualdades preexistentes debido a la calidad y el sesgo de los datos con los que han sido entrenados. En el caso de COMPAS, un algoritmo de evaluación de riesgo en el sistema judicial de los Estados Unidos, se determinó que sobreestimaba la probabilidad de reincidencia en personas afroamericanas, mientras que subestimaba la misma probabilidad en personas blancas (Roa y Sanabria, 2022). Este caso ejemplifica cómo los modelos de IA pueden reforzar patrones discriminatorios históricos en la justicia penal, afectando el derecho fundamental a la igualdad e, incluso, la misma presunción de inocencia.

---

<sup>87</sup> Específicamente la Corte Constitucional ha precisado sobre el derecho a la igualdad que “es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos, y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, T-030, 2017).

La doctrina de protección igualitaria está intrínsecamente vinculada a las concepciones de intención. Los daños no intencionados por parte de personas bien intencionadas, en términos sencillos, no suelen ser sancionables en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Este principio básico ha elevado significativamente el umbral para que los demandantes presenten desafíos basados en la protección igualitaria dentro del sistema de justicia penal. Notablemente, los desafíos basados en la raza bajo el argumento de protección igualitaria que someten al Estado a una revisión de escrutinio estricto, siguen siendo obstaculizados por las dificultades para establecer un propósito discriminatorio. Además, la incapacidad de los tribunales y académicos para converger en una noción específica del término ha resultado en aplicaciones profundamente inconsistentes de la doctrina (Harvard Law Review, 2021).

La IA funciona mediante correlaciones de datos, no intenciones humanas directas, lo que hace difícil aplicar los estándares tradicionales de la protección de la igualdad (Huq, 2019). En el caso del uso de algoritmos de evaluación de riesgos en el sistema penal, los jueces y operadores jurídicos se enfrentan a sistemas que no pueden ser cuestionados bajo los mismos criterios que las decisiones humanas, lo que genera incertidumbre jurídica y dificulta el control de los sesgos discriminatorios (Mayson, 2018).

Por otro lado, la falta de transparencia en los sistemas de IA agrava aún más el problema. Muchos algoritmos operan como “cajas negras”, lo que significa que, ni los operadores judiciales, ni los afectados por sus decisiones, pueden comprender con exactitud los criterios utilizados. Esto genera una asimetría de información que impide cuestionar y corregir fallos injustos. Para mitigar estos riesgos, es fundamental exigir la auditabilidad y explicabilidad de los sistemas de IA empleados en el ámbito judicial. Un ejemplo positivo de ello es *Prometea*, una herramienta desarrollada en Colombia para mejorar la transparencia y rendición de cuentas en la administración de justicia, permitiendo que los ciudadanos accedan a información sobre la toma de decisiones automatizadas.

Otro aspecto relevante es la aplicación de normativas y estándares éticos que regulen el desarrollo y uso de IA en el litigio. Se deben implementar auditorías regulares a los sistemas algorítmicos para identificar y corregir sesgos, garantizando que sus decisiones sean objetivas e imparciales. Además, es necesario establecer mecanismos para que los afectados puedan impugnar decisiones basadas en IA y exigir su revisión por parte de operadores humanos.

A pesar de estos desafíos, la IA también ofrece oportunidades para promover la igualdad en el acceso a la justicia. Herramientas de IA pueden ayudar a poblaciones vulnerables a comprender mejor sus derechos y acceder a representación legal mediante sistemas de asesoramiento automatizado. No obstante, estos beneficios solo se materializarán si se implementan políticas adecuadas para garantizar que la tecnología sirva a todos los ciudadanos de manera equitativa, sin generar nuevas formas de exclusión.

En conclusión, el impacto de la IA en el principio de igualdad ante la ley es un tema complejo que requiere una regulación clara y estricta. Si bien la IA tiene el potencial de hacer más eficiente el sistema judicial, su implementación debe ir acompañada de principios de transparencia, rendición de cuentas y protección contra la discriminación algorítmica. Sin estos mecanismos, existe el riesgo de que la IA en el litigio perpetúe desigualdades en lugar de corregirlas.

### ***1.3. Usos de la IA para litigantes***

El uso de la IA acompañada del blockchain es clave a la hora de gestionar un expediente digital seguro y confiable, la salvaguarda de la integridad de las audiencias y la protección de los documentos sometidos a reserva, entre otros. Sin embargo, en este acápite se pasan a enunciar algunas herramientas de IA relacionadas con el litigio, aunque en la ponencia oral que da origen a este escrito académico, se plantearán muchos más casos y se expondrán otros ejemplos con mayor detalle.

### ***1.3.1. Cálculo de intereses, liquidación de créditos y de condenas***

Uno de los aspectos en los que los operadores jurídicos y los litigantes pueden contar con apoyo de la IA son los relacionados con cálculos matemáticos simples y complejos a la hora de calcular el monto de las pretensiones, la liquidación de un crédito, el valor de una condena, entre otros. Un *software* de cálculo financiero como *FinCalc* ayuda a determinar intereses, montos indemnizatorios, y otros cálculos con exactitud.

### ***1.3.2. Traducciones de documentos en un lenguaje legal, búsqueda y análisis de jurisprudencia***

Herramientas como *ROSS Intelligence*, *Ariel*, *VLex (Vicent AI)*, permiten buscar jurisprudencia relevante en segundos; por su parte, *DeepL* y *ChatGPT* facilitan la traducción de documentos legales de manera rápida y precisa.

### ***1.3.3. Elaboración de extractos, resúmenes de pruebas y demandas***

*Casetext* genera resúmenes automáticos de documentos judiciales, *ClearBrief* ayuda a organizar pruebas y extraer información clave de grandes volúmenes de datos y *Litigate.AI* automatiza la redacción de demandas, optimizando tiempos de preparación.

### ***1.3.4. Otras herramientas útiles para despachos de abogados y clientes***

*Clio* permite la gestión integral de casos, agenda y facturación, *DoNotPay* ayuda a los clientes a presentar reclamaciones legales automáticamente y *LawGeex* revisa contratos para detectar cláusulas problemáticas y sugerir cambios.

#### **1.4. Transformación del derecho probatorio con IA**

El uso de la IA en el día a día de las personas y de las empresas implica que, desde ya, se avizoren retos en la contradicción de diversos medios de prueba, especialmente en los documentales y periciales, así como en la verificación de la información que se debate en la controversia.

El debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, garantiza que cualquier actuación judicial se debe llevar a cabo respetando los principios de legalidad, contradicción, imparcialidad y equidad (C.P., 1991, art. 29). La incorporación de herramientas de IA en los procesos judiciales debe analizarse desde la óptica del respeto a estas garantías fundamentales.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el derecho a aportar medios de prueba y controvertirlos es esencial para garantizar la justicia en el proceso (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 7901, 2005). Por ello, la automatización en la administración de justicia no puede comprometer el derecho a la defensa y la imparcialidad del juez.

Para mitigar los riesgos mencionados, es necesario tener en cuenta que la regulación global sobre IA ha sido antropocéntrica, y así debe continuar. En este sentido, la Comisión Europea (2019) estableció que una IA fiable debe basarse en los derechos fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad y la autonomía. El Convenio de Budapest sobre delitos cibernéticos recomienda mejores prácticas en la recolección de pruebas digitales (Consejo de Europa, Convenio de Budapest sobre delitos cibernéticos, 2001). Asimismo, en el Reglamento General de Protección de Datos se establecen principios de transparencia en el procesamiento automatizado de datos (Reglamento (UE) 2016/679, 2016).

A pesar de los desafíos, la IA también ofrece oportunidades significativas para mejorar el acceso a la justicia. Puede generar mayor rapidez en la

resolución de litigios al automatizar tareas repetitivas, reducir costos procesales y facilitar el acceso a la información jurídica. Además, la implementación de herramientas como sistemas de análisis de jurisprudencia y evaluación de pruebas digitales puede optimizar el trabajo de jueces y abogados.

Debe pensarse desde ya en cómo se deberá analizar y, eventualmente, desvirtuar medios de prueba documentales como fotos, videos, notas de voz o escritos que, con ayuda de IA, repliquen signos de individualidad y sean utilizados como pruebas dentro de un proceso.

Indiscutiblemente, la IA tiene el potencial de transformar el derecho probatorio y el sistema judicial en general, pero su implementación debe estar sujeta a principios éticos y normativos que garanticen la protección de los derechos fundamentales. La supervisión humana sigue siendo esencial para asegurar que las decisiones judiciales sean justas y equitativas, evitando riesgos de sesgo y falta de transparencia. Un marco regulatorio adecuado permitirá aprovechar los beneficios de la IA sin comprometer las garantías procesales.

## **Conclusiones**

El uso de IA en el litigio ofrece grandes ventajas en cuanto a eficiencia y acceso a la justicia. Sin embargo, también plantea desafíos importantes en materia de transparencia, garantías procesales e igualdad ante la ley. Es fundamental que la implementación de estas tecnologías se realice de manera ética, garantizando el debido proceso y evitando la discriminación. La capacitación de los actores del sistema judicial y el desarrollo de nuevas habilidades tecnológicas serán clave para asegurar la protección de derechos fundamentales.

## **REFERENCIAS**

- Ámbito Jurídico. (2024, 24 de junio). *El Derecho no es solo un conjunto de normas sino un medio para alcanzar la equidad y la justicia*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/invitado/administracion-publica/el-derecho-no-es-solo-un-conjunto-de-normas-sino-un-medio#:~:text=El%20Derecho%20no%20es%20solo%20un%20conjunto%20de%20normas%20a,pa%C3%ADfica%20y%20el%20bienestar%20general>.
- Comisión Europea. (2019). *Directrices para una IA fiable*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>
- Consejo de Europa. (2001). Convenio de Budapest sobre delitos cibernéticos. [https://www.oas.org/juridico/english/cyb\\_pry\\_convenio.pdf](https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf)
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. (24 de enero de 2017). Sentencia T-030 [M.P.: Ortiz, G.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (28 de junio de 2005). Expediente 7901 [M.P.: Jaramillo, C.].
- Harvard Law Review. (2021). Beyond intent: establishing discriminatory purpose in algorithmic risk assessment [Más allá de la intención: establecer un propósito discriminatorio en la evaluación de riesgos algorítmicos]. *Harvard Law Review*, 134(5), 1760-1781. <https://harvard-lawreview.org/print/vol-134/beyond-intent-establishing-discriminatory-purpose-in-algorithmic-risk-assessment/>
- Huq, A. Z. (2019). Racial Equity in Algorithmic Criminal Justice [Equidad racial en la justicia penal algorítmica]. *Duke Law Journal*, (68), 1043-1134. <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol68/iss6/1/>

- Lavin, R., Cristallo, J., Sánchez Caparrós, M. y Corvalán, J. G. (2024). *Uso de inteligencia artificial en los procesos judiciales: los juicios ejecutivos como oportunidad*. Fundar.
- Mayson, S. G. (2018). Bias In, Bias Out [Sesgo Dentro, Sesgo Fuera]. *The Yale Law Journal*, (128), 2218-2300. [https://www.yalelawjournal.org/pdf/Mayson\\_p5g2tz2m.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/Mayson_p5g2tz2m.pdf)
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (27 de abril de 2016). Reglamento general de protección de datos [Reglamento (UE) 2016/679]. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>
- Roa, M. y Sanabria, J. (2022). Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8(1), 275-310. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8438795.pdf>

## **CONCLUSIONES GENERALES**

El derecho, como sistema normativo vivo, no puede permanecer ajeno a las transformaciones que reconfiguran las estructuras sociales, económicas y tecnológicas de nuestro tiempo. La Cuarta Revolución Industrial, la expansión de la inteligencia artificial, la recomposición de las relaciones laborales y los debates en torno a nuevas formas de organización familiar son apenas algunos de los fenómenos que interpelan hoy con urgencia a las instituciones jurídicas. A partir de este diagnóstico, la presente obra se propuso ofrecer un acercamiento a algunos de los principales retos que dichas transformaciones plantean al derecho contemporáneo, tomando como eje articulador el derecho constitucional en una perspectiva de derechos. Desde allí, se examinaron tanto el impacto del avance tecnológico como las reformas sociales y jurídicas más relevantes en los contextos nacional e internacional, con el propósito de identificar los desafíos que estas realidades imponen al ordenamiento jurídico y las respuestas que este está llamado a construir.

En este marco, quedó evidenciado que las instituciones jurídicas, y en particular el derecho constitucional, se ven compelidas a reinventarse frente a las profundas transformaciones que trae consigo la Cuarta Revolución Industrial y los avances del siglo XXI. El progreso tecnológico no puede dejar atrás al avance social. Un mundo cada vez más condicionado por sistemas de algoritmos, sistemas de inteligencia artificial y agentes de mercado que incluso rivalizan con los propios sistemas estatales corre el riesgo de reducir a la persona a un mero dato a un perfil dentro de lógicas de acumulación de información procesamiento de esta a través del *big data*. Frente a este riesgo, toda regulación tecnológica debe situar la protección de la persona como su finalidad primordial, reconociendo la dignidad

humana no como un principio abstracto, sino como parámetro rector que oriente y delimite el desarrollo tecnológico en todas sus dimensiones.

En este mismo ámbito, la irrupción de la inteligencia artificial plantea dilemas éticos de primera magnitud, entre ellos su uso en contextos bélicos y su impacto sobre el trabajo humano. A estos se suman los desafíos que tecnologías como los *deepfakes* y la recreación sintética de la imagen de las personas imponen sobre instituciones jurídicas que no fueron concebidas para afrontar tales escenarios, situación que adquiere especial gravedad cuando están en juego derechos fundamentales. Frente a este panorama, el derecho se ve compelido a responder desde una perspectiva crítica a este tipo de situaciones.

Sin embargo, esta mirada crítica no es incompatible con el aprovechamiento de las oportunidades que estas mismas tecnologías ofrecen. De esta manera, en el ámbito de la práctica jurídica, la inteligencia artificial puede convertirse en un aliado valioso que agilice flujos de trabajo, alivie cargas operativas y optimice tareas de carácter rutinario, permitiendo al profesional del derecho concentrar su atención en los aspectos más complejos y relevantes de su labor.

Asimismo, el mundo contemporáneo enfrenta, de manera paralela al avance tecnológico, transformaciones sociales que impactan tanto en el ámbito nacional como en el internacional. A nivel internacional, estas transformaciones se manifiestan con particular claridad en fenómenos como la mercantilización de los derechos, entre ellos el derecho a la educación, cuya garantía no se agota en la regulación normativa, sino que exige la construcción de una cultura que lo reivindique como una garantía fundamental. Del mismo modo, la tensión entre la soberanía estatal y los organismos supranacionales ha cobrado renovada intensidad en los últimos años, impulsada por corrientes políticas que priorizan el interés nacional por encima de los marcos regulatorios de integración y coopera-

ción internacional. A nivel nacional, durante los últimos años, el Gobierno nacional ha recurrido a la figura de los estados de excepción, lo cual ha situado este tema en el debate público, lo cual hace necesario reflexionar sobre los alcances y los límites del control jurisdiccional aplicable a las decisiones adoptadas en el marco de estas circunstancias.

Por otro lado, uno de los avances jurídicos más significativos en el país se ubica en el ámbito del derecho laboral y la seguridad social. En este campo se han expedido normas que afectan de manera sustancial y adjetiva la regulación del trabajo, en un contexto en el que las transformaciones tecnológicas interpelan directamente a esta rama del derecho. Fenómenos como la tercerización laboral a través de plataformas digitales o el impacto de la inteligencia artificial en las dinámicas de trabajo humano plantean desafíos que la dogmática tradicional no fue concebida para responder. Ello hace imperativo reinventar las categorías y lógicas clásicas del derecho laboral, ampliando su frontera de protección hacia trabajadores en situación de precarización que se ven afectados por la irrupción de nuevas tecnologías. En definitiva, tanto el avance tecnológico como las transformaciones del mundo del trabajo exigen un desarrollo normativo y jurisprudencial que aborde estas realidades desde una perspectiva de derechos, reafirmando y expandiendo la naturaleza tuitiva del derecho laboral frente a los retos de la nueva economía digital.

Por último, en el ámbito del derecho de familia, los retos identificados son de naturaleza predominantemente social. En particular, se abordaron dos temáticas de especial relevancia: los derechos de las personas con discapacidad y el fenómeno de la pluriparentalidad desde una perspectiva de derecho comparado. Respecto a la primera, se destaca el cambio de paradigma que supuso la expedición de la Ley 1996 de 2019, cuya implementación aún no se realiza del todo, particularmente en lo relativo al correcto funcionamiento de los acuerdos de apoyo y a la adopción de ajustes razonables y salvaguardias que garanticen el reconocimiento de la

plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en consonancia con los estándares internacionales en la materia. En cuanto al fenómeno de la pluriparentalidad, y pese a los intentos jurisprudenciales por dotarla de reconocimiento, Colombia permanece rezagada frente a otros países de la región, en especial Argentina y Cuba, que han avanzado de forma más decidida en la institucionalización de estas nuevas formas de organización familiar y en la protección de los derechos que de ellas se derivan.

Los fenómenos analizados a lo largo de esta obra revelan que el derecho contemporáneo atraviesa un momento de transformación profunda. Desde los dilemas éticos y regulatorios que plantea la inteligencia artificial hasta la necesidad de repensar el derecho laboral frente a la economía de plataformas; desde las tensiones entre soberanía estatal y organismos supranacionales hasta el reconocimiento de nuevas formas de familia y la garantía de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el denominador común en todas estas temáticas es siempre el mismo: la urgencia de que el ordenamiento jurídico responda con agilidad y coherencia frente a los retos del mundo moderno, siempre con un compromiso irrenunciable con los derechos fundamentales.

## **AUTORES**

### **Cristhian Alexander Pereira Otero (editor)**

Abogado de la Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Público, Magíster en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Constitucional, Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla de la Mancha (España), Diploma de Formación Específica en Postgrado sobre Fundamentos de Derecho Público Global, Universidad de la Coruña (España), estudiante de Doctorado en Derecho Universidad de la Sabana. Director del Centro de Investigación y Estudios Socio-Jurídicos (CIESJU) de la Universidad de Nariño, docente de pregrado y postgrado en la Universidad de Nariño, docente nacional invitado de postgrados en la Universidad Libre (Cúcuta) Universidad Nacional de Colombia, Universidad del Cauca.

### **Pedro Pablo Vanegas Gil**

Abogado, especialista en derecho público y doctor en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Electoral de la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado del Consejo de Estado de Colombia. Contacto: [pedro.vanegas@uexternado.edu.co](mailto:pedro.vanegas@uexternado.edu.co) ID. ORCID: 0000-0002-6805-4043.

### **Ximena Elizabeth Maldonado Erazo**

Abogada de la República del Ecuador por la Universidad de Otavalo, Mediadora, Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad UNIAN-

DES Ambato, Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Mar del Plata. Profesora e investigadora a Tiempo Completo de la Carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. Decana de la Facultad de Derecho, directora de la Carrera de Derecho y subdirectora de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo, Coordinadora del Proyecto de Investigación «Nuevas Perspectivas de los Derechos Humanos para el Desarrollo Sostenible 2022».

## **María Alexandra Ruiz Cabrera**

Abogada de la Universidad de Nariño, Pasto, Colombia (2012), Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (2014), Especialista en Derecho Procesal Penal en la Universidad Cooperativa de Colombia, Pasto, Colombia (2016), Especialista en Derecho Penal Universidad de Nariño, Pasto, Colombia (2021) y Doctoranda en Derecho Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito. Correo electrónico: alexaruiz05101@udenar.edu.co.

## **Bernardo Vela Orbegozo**

Realizó estudios de derecho en la Universidad Externado de Colombia, se especializó en Gerencia de Asuntos Públicos en la Universidad Externado de Colombia y Columbia University de Nueva York, tiene un Diploma de Estudios Avanzados, D.E.A. en Derecho, Economía y Sociedad en la Unión Europea; obtuvo el doctorado en derecho en la Universidad de Salamanca, España y, en fin, realizó estudios posdoctorales en la Universidad de Valencia, España. Entre sus reconocimientos académicos, se pueden destacar la calificación Sobresaliente Cum Laude que obtuvo su tesis doctoral y la elección como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Historia. En la actualidad, se desempeña como profesor en las asignaturas de Ciencia Política, Derecho Internacional y Metodología de la Investigación en las Facultades de Derecho y en la Facultad de Finanzas, Gobierno

y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, y como profesor en la Maestría del Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo, IAED, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

### **Álvaro Alfonso Patiño Yepes**

Abogado de la Universidad de Nariño. Experto en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional Público e investigación jurídica. Se ha desempeñado como docente catedrático en varias universidades del departamento de Nariño, consultor y asesor en temas de su experticia e investigador universitario. Actualmente es docente del pregrado de derecho en la Universidad de Nariño y acompaña los procesos de investigación en la maestría de derecho público de la misma universidad. Correo electrónico: alvaroalfonsop@hotmail.com.

### **Carlos Eduardo Martínez Noguera**

Abogado egresado de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Candidato a doctor en derecho de la Universidad San Buenaventura de Cali. Docente de planta de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, en el área de Derecho Constitucional, institución en la que además se desempeñó como director general de la oficina de Consultorios Jurídicos y del Centro de Conciliación “Eduardo Alvarado Hurtado”. Ocupó diferentes cargos en el sector público como personero municipal, notario y asesor.

### **Juan Pablo Rosero Gomajoa (editor)**

Magíster en Gerencia Social de la Universidad de Nariño. Abogado y Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño. Integrante

del Grupo de Investigación Centro de Estudios Jurídicos Avanzados-CEJA, en la línea de investigación Hermenéutica Socio-Jurídica. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Abogado litigante en BRB ABOGADOS. Correo electrónico: [juan9210@udenar.edu.co](mailto:juan9210@udenar.edu.co). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8979-2520>.

## **Edgar David Pérez Sanabria**

Abogado, egresado de la Universidad Libre de Colombia, Magíster en Derecho con profundización en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia, Avanzado en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Centro de Formación Permanente de la Universidad de Sevilla-España; profesor universitario de pregrado de la Universidad Libre de Colombia y de la Universidad Nacional de Colombia y posgrado en la Universidad Libre de Colombia, de la Universidad Católica de Colombia, Universidad de Nariño Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos, Universidad Cooperativa de Colombia sede Neiva y Villavicencio, Universidad la Gran Colombia y la Corporación Universitaria del Caribe. Conjuer de la H. Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá; Miembro del Colegio de Abogados del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP.

## **Luz Amalia Andrade Arévalo**

Máster en Resolución de Conflictos y Mediación-UNINI. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social-Universidad de Nariño. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales y Derecho Público-Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales-Universidad Nacional de Colombia. Docente Hora Cátedra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Universidad de Nariño. Codirectora Semillero de Derecho Laboral y Seguridad Social-Universidad de Nariño. Juez Laboral de Circuito de Pasto-Nariño. [luzamalia laboral@udenar.edu.co](mailto:luzamalia laboral@udenar.edu.co).

## **Pia M. Moscoso Restovic**

Abogada. Doctora en Derecho Internacional. Profesora de la Universidad de Atacama de Chile. pia.moscoso@uda.cl. ORCID: 0000-0001-8796-7449.

## **Manuel Antonio Coral Pabón**

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño en las áreas de Derecho Privado y Argumentación Jurídica. Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás, magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro del grupo de investigación CEJA (Centro de Estudios Jurídicos Avanzados). Correo: macoral@udenar.edu.co

## **Mónica Alejandra León Gil**

Abogada y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Asociaciones Público Privadas de la Universidad Isabel I (España) como Becaria de la OEA y candidata a doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Docente e investigadora, Directora del Observatorio Constitucional de normas procesales de la Universidad Externado de Colombia. Senior associate del equipo de litigios, arbitraje e insolvencia de la firma Brigard Urrutia. Contacto: monica.leon@uexternado.edu.co.

## **Cecilia Díez Vargas**

Abogada. Especialista en Derecho de Familia, en Derechos Humanos y en Derecho Internacional Humanitario; Diplomada en Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, con título de Conciliadora Extrajudicial.

Directora de la Especialización en Derecho de Familia de la Universidad del Rosario y jefe del Área Disciplinar de Derecho Civil. Docente en la misma especialización y en pregrado de esa alma máter. Catedrática en pregrado, posgrado y maestría en varias universidades de Colombia; capacitadora y conferencista en Infancia y Adolescencia y Capacidad Legal de las Personas con Discapacidad Mayores de Edad. Actualmente, Conjuez del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Familia.

## **Manuel Gustavo Díaz Sarasty**

Abogado titulado con grado de honor, tesis meritoria y mención de “Egresado Distinguido” de la Universidad de Nariño. Conciliador en Derecho diplomado por el Colegio Nacional de Abogados CONALBOS. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad de Nariño y Magíster en Derecho de Familia de la Universidad Internacional de La Rioja (España). Docente en las áreas de Familia y Sucesiones en la Universidad Mariana, docente en el área de Familia y asesor de los Consultorios Jurídicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Docente de la Especialización en Derecho de Familia de la Universidad de Nariño. Formador de Conciliadores en Derecho. Litigante ante la jurisdicción ordinaria especialidad Familia; consultor y conferencista.

# èditorial

Universidad de **Nariño**

Año de publicación 2026

San Juan de Pasto - Nariño - Colombia

El constitucionalismo se enfrenta hoy a nuevos escenarios de poder: el poder digital, los algoritmos y las tecnologías de la información. Frente a estos desafíos, el presente texto propone una reflexión crítica desde el constitucionalismo contemporáneo y, en particular, desde el emergente constitucionalismo digital, comprometido con la defensa de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia en contextos tecnológicos cada vez más complejos.

Este libro recoge los aportes de destacados académicos de Bolivia, Chile, España, Ecuador y Colombia, los cuales fueron abordados en el marco del XI Congreso Internacional de Derecho Constitucional organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, celebrado en abril de 2025. Su estructura permite una aproximación integral a los principales desafíos del derecho constitucional y del derecho público en el siglo XXI, situando la dignidad humana como eje transversal frente a las transformaciones tecnológicas, sociales y normativas contemporáneas. Aborda el impacto del poder digital en las garantías constitucionales, los retos del derecho público global y la interdependencia entre los órdenes jurídicos nacional e internacional. Asimismo, examina las transformaciones del mundo del trabajo derivadas de la inteligencia artificial, la interacción entre constitucionalismo y derecho privado frente a la digitalización y el uso de tecnologías en el litigio, y los cambios del derecho de familia desde una perspectiva constitucional, con énfasis en la igualdad, la protección de derechos y la adaptación del ordenamiento jurídico a las nuevas realidades sociales.

Esta obra no pretende cerrar el debate en torno a estas temáticas, sino abrirlo. Se presenta como una invitación a repensar críticamente el derecho constitucional frente a las reformas, las tecnologías emergentes y los desafíos sociales del siglo XXI, apostando por un diálogo académico vivo y plural que fortalezca la doctrina jurídica nacional e internacional.



9 786287 933019



Universidad de Nariño  
FUNDADA EN 1994



ACHERFADA EN ALTA CALIDAD  
RESOLUCIÓN MEN 000022-ENERO 11 DE 2023

**editorial**  
Universidad de Nariño



Centro de Investigaciones  
y Estudios Socio-Jurídicos