

Dedicatoria

Como un gesto sencillo, pero profundamente emotivo queremos agradecer a Dios por la sabiduría dada para la elaboración de este proyecto y por haber colocado en nuestro camino a la docente Aura Peña, a quien admiramos por su compromiso con la academia pues con ello afecta positivamente este mundo, sin su ayuda no hubiese sido posible la culminación del presente proyecto. A nuestras madres por su apoyo constante e incondicional, pues hacen que nuestros triunfos tengan sentido y a C.A.G.P quien nos enseñó que nunca el miedo podía interponerse en nuestro camino.

“Los educadores, más que cualquier otra clase de profesionales, son los guardianes de la civilización.” Bertrand Russell

Madres Comunitarias: la naturaleza jurídica de su vinculación con el ICBF desde teorías
constitucionales y realistas del Derecho

PAOLA ANDREA TORRES CHACÓN

JENNIFER RUBIO ORTEGÓN

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

ÁREA DE INVESTIGACIÓN

BOGOTÁ D.C

2019

Contenido

1. LA IMPORTANCIA DEL TRABAJO DE CUIDADO DE LA PRIMERA INFANCIA Y DE LAS MUJERES LACTANTES Y LOS CAMBIOS JURÍDICOS EN COLOMBIA FRENTE A ESTE TEMA:	7
1.1. Los fines del Estado Social de Derecho	7
1.2. Contexto histórico de la legislación sobre madres comunitarias en Colombia	11
1.3. Avances en la legislación y en la jurisprudencia	14
2. CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DESDE TEORÍAS REALISTAS Y FEMINISTAS DEL DERECHO	43
2.1 Teorías realistas del Derecho	43
2.2. Teorías Feministas del Derecho	45
2.3. Análisis del caso de las madres comunitarias frente a las teorías realistas y feministas del derecho	45
2.4. Posible solución a los problemas jurídicos planteados de las madres comunitarias con base en la teoría de la argumentación de Robert Alexy.	88
3. ¿CÓMO SE DEBEN INTERPRETAR EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROGRAMA DE MADRES COMUNITARIAS, A LA LUZ DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO?	93
Conclusiones	106

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

A partir del análisis jurisprudencial dinámico, se busca determinar cambios de argumentaciones presentes en los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre las madres comunitarias en relación a la naturaleza del vínculo de ésta y el ICBF, poniéndose en tensión las teorías jurídicas clásicas que explican la decisión judicial desde un punto de vista objetivo del Derecho y las nuevas teorías jurídicas que parten explicando la decisión de los jueces desde un punto de vista subjetivo, criticando el planteamiento las teorías clásicas del derecho que asumen que los fallos tienen un carácter neutral y objetivo, pues aplican la normatividad existente.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ❖ Aclarar el concepto de derechos sociales fundamentales, a partir de la teoría jurídica contemporánea, y las obligaciones estatales que se generan frente a la protección de los más desfavorecidos.
- ❖ Reconstruir el estado del arte jurídico del programa de las Madres Comunitarias.
- ❖ Diferenciar los tipos de argumentos movilizados por los magistrados de la Corte Constitucional que hayan participado como ponentes o hayan salvado su voto en aquellos fallos en los que se ha discutido la naturaleza de la relación de las madres comunitarias y el Estado.

- ❖ Evaluar la calidad de los argumentos que aluden a las prioridades económicas por parte del Estado colombiano frente a los fines de un Estado Social de Derecho, desde una perspectiva de género.

INTRODUCCIÓN

La presente iniciará planteándose el problema jurídico que ha sido desarrollado por la Corte constitucional:

¿vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, la seguridad social, dignidad humana, mínimo vital y el derecho a trabajo ante la negativa de pagar en los aportes a seguridad social en pensión a las madres comunitarias que hayan estado vinculadas desde la fecha de su vinculación hasta el 31 de enero de 2014 y si existe una relación laboral entre las madres comunitarias y el ICBF?

El Derecho a la seguridad social, a la igualdad, dignidad humana y al mínimo vital son algunos de los derechos fundamentales protegidos no solamente por la Constitución Política sino por normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el presente trabajo tiene como fin plantear los conflictos jurídicos y sociales que han tenido las madres comunitarias para que se les reconozcan sus derechos fundamentales, por tal motivo, a través del análisis dinámico jurisprudencial abordaremos dicho tema desde la perspectiva de las teorías realistas y feministas del derecho.

El programa de madres comunitarias nace en el año 1986 con el objetivo de cumplir con uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, el cual es propiciar el desarrollo físico y psicológico de los niños y de las madres lactantes.

Al momento de la aplicación de dicho programa surgen ambigüedades sobre la naturaleza de la relación surgida entre las madres comunitarias y el ICBF, dado que, si bien la legislación afirmaba que dicha relación era de naturaleza civil, a partir del 2014, con la entrada en vigor

de la Ley 1607 de 2012 (art. 36), el legislador colombiano dispuso que ésta es de naturaleza laboral.

Dichos cambios legislativos fueron precedidos por el desarrollo jurisprudencial constitucional (Sentencias T 628- 2012; T 478- 2013; T 508- 2013; T 480 – 2016), que habían aumentado progresivamente la protección de las madres comunitarias en el aspecto laboral; a raíz de dicho cambio legislativo, surge la inquietud de determinar si la naturaleza de dicha relación surgida antes del 2014 era civil o laboral, teniendo en cuenta las implicaciones económicas de dicha afirmación o negación.

Por lo tanto, la Corte Constitucional afirma, en la sentencia T-480 de 2016, que dadas las circunstancias de la relación surgida entre las madres comunitarias y el ICBF antes del 2014 es evidente que se está ante un contrato realidad de naturaleza laboral y por ende tendrán derecho a todas las acreencias y prestaciones según estén determinadas en la legislación laboral; pero dicho fallo fue declarado nulo mediante el Auto 186 de 2017, ante la solicitud del ICBF, fundamentado en que dicha Corporación se apartó del precedente jurisprudencial¹.

Una vez realizado el análisis de los cambios jurisprudenciales y legales, se iniciará a examinar la razón de dichas decisiones judiciales, utilizándose para ello los planteamientos de la teoría realista del derecho junto con las teorías feministas del derecho para explicar el trasfondo social y cultural.

¹ En el año 1998, la Corte Constitucional se había pronunciado, en sentencia de unificación SU 224 sobre la naturaleza de la relación de las madres comunitarias con el ICBF, pronunciándose en el sentido de que era de naturaleza civil. El ICBF solicitó la nulidad de la Sentencia T-480 de 2016, porque, a juicio de la demandante, la Corte Constitucional desconoció su propio precedente.

lo anterior, nos permite cuestionar si en dichas decisiones los fundamentos legales dados por la respectiva Corporación en diferentes instancias están de acuerdo con los principios y reglas constitucionales del Estado Social de Derecho o si responden más bien a las posturas ideológicas de los/as nuevos/as magistrados/as.

Partimos de que las decisiones judiciales no solamente consisten en la aplicación del Derecho positivo, las normas jurídicas que fundamentan las decisiones son seleccionadas según agendas políticas para fundamentar fallos con apariencia de neutralidad. Así, nos proponemos investigar los diferentes fallos proferidos por la Corte Constitucional a la luz de las teorías realistas (Duncan Kennedy) y feministas del Derecho (Carole Pateman, Nancy Fraser, Robin West), sobre la naturaleza de la relación entre las madres comunitarias y el ICBF; consideramos que ha sido evidente que en reiteradas ocasiones los cambios en la composición del tribunal de cierre (Corte Constitucional), han traído consigo cambios en los precedentes jurisprudenciales frente a los denominados casos difíciles (Hart, 1961).

Utilizando la metodología del análisis ideológico de la decisión judicial (Kennedy, 2010) con el fin de examinar tendencias en la interpretación en sede del tribunal constitucional de cierre en relación con los derechos sociales de las mujeres que prestan el servicio de madres comunitarias se utilizaron 10 (diez) decisiones de la Corte Constitucional, las cuales se graficaron en un cuadro de balance constitucional (López, Diego) para poder observar ampliamente el análisis dinámico jurisprudencial.

En la gráfica se ubican las diferentes respuestas, que pueden ser afirmativas, negativas o ambiguas. El análisis dinámico elaborado en esta investigación sistematiza las *ration decidendi* de las decisiones de la Corte Constitucional en las cuales se ha discutido la naturaleza de la relación laboral o civil. (López, 2006).

Luego de analizar los cambios jurisprudenciales, se hace un análisis orientado por la teoría realista del Derecho, que caracteriza los patrones de decisión según el magistrado que presenta la ponencia a la sala de decisión, y los salvamentos de voto de quienes se apartaron de la decisión mayoritaria. Se establecen tres tipos de posturas asumidas por los magistrados, de acuerdo con las categorías de jueces planteadas por Duncan Kennedy (2010): los jueces activistas, los jueces “bipolares” y jueces mediadores.

Y posteriormente, se hace un análisis sociológico mediante las teorías feministas del derecho donde se abordarán las problemáticas del papel de la mujer en la sociedad y los estigmas sociales y culturales que dan paso a la desigualdad; permitiendo adentrarnos a exponer la importancia de los derechos sociales como derechos fundamentales (Arango, 2005) para la materialización del Estado Social de Derecho.

1. LA IMPORTANCIA DEL TRABAJO DE CUIDADO DE LA PRIMERA INFANCIA Y DE LAS MUJERES LACTANTES Y LOS CAMBIOS JURÍDICOS EN COLOMBIA FRENTE A ESTE TEMA:

AVANCES Y PROBLEMAS

En este capítulo vamos a resaltar, en primer lugar, la importancia del trabajo de cuidado de la primera infancia y de las mujeres lactantes en un Estado Social de Derecho. En segundo lugar, describiremos los avances en la legislación y en la jurisprudencia relacionada con el tema de madres comunitarias en Colombia; estas tuvieron en un principio el carácter de trabajadoras voluntarias al servicio de la comunidad, prestando sus cuidados a la primera infancia y a las mujeres lactantes. En tercer lugar, vamos a caracterizar los problemas derivados de la interpretación judicial de la Ley 1607 de 2012 por parte de la Corte Constitucional.

1.1. Los fines del Estado Social de Derecho

Antes de la constituyente de 1991 que introdujo el Estado Social De Derecho, existía un Estado de Derecho, caracterizado por tener como pilar central la legalidad, la propiedad, seguridad jurídica y la libertad, con la más mínima intervención del Estado, solo permitiéndosele intervenir cuando la ley así lo estableciera y cuando fuera necesario para proteger los intereses públicos y la garantía del funcionamiento del mercado, basado la proporcionalidad de los medios utilizados y los fines.

Con la implementación de la Constitución Política de 1991 nace la nueva concepción de un Estado social de derecho en Colombia, la acepción de Estado social de derecho implica que el Estado no simplemente debe dejar hacer o dejar pasar lo que hagan sus ciudadanos, sino que más que ello debe intervenir de tal forma que exista una verdadera igualdad de oportunidades, una garantía real de vida digna.

Bajo el anterior régimen de Estado de derecho simplemente se tenía por directrices el cumplimiento de tres principios básicos: el primero es el principio de legalidad, el cual se interpreta como el que todas las leyes, ordenanzas y acuerdos sean expedidos por los órganos representativos legitimados para lo mismo; el segundo principio refiere al principio de publicidad y es que todas las sentencias judiciales o leyes expedidas por los órganos correspondientes sean publicadas según los términos establecidos para las mismas; el tercero de ellos, es la sujeción a control de todas las actuaciones tanto administrativas como judiciales que sean expedidas por el Estado (Ferrajoli, 2000).

Pero con el paso del tiempo las expectativas sociales respecto de las funciones estatales fueron cambiando y nace la necesidad de una garantía a la protección efectiva de derechos, por ello se implementa lo que se conoce como Estado social de derecho y ahora derechos denominados como sociales también requieren ser garantizados como lo son el derecho a vivienda, empleo, subsistencia y otra serie de derechos (Ferrajoli, 2000).

Los derechos fundamentales y sociales necesitan ser garantizados y asegurados, conforme afirma Luigi Ferrajoli, por técnicas dirigidas a una verdadera efectividad de dichos derechos, por lo cual se establece que el Estado social de derecho debe generar las garantías jurídicas

para la tutela de dichos derechos. Además de ser necesario socorrer a los grupos más débiles de los Estados (Ferrajoli, 2000).

El modelo de Estado de derecho es un modelo complejo puesto que se basa en la igualdad, debe ser una igualdad material no formal, donde exista un sistema de límites y reglas que vinculan a las mayorías con el Estado, por lo cual encontramos la constitución, donde nos establece situaciones como los límites del control, las garantías de los derechos fundamentales y las formas de reparación de sus eventuales violaciones. Por otro lado, los Estados realizan acuerdos y convenios en materia internacional con el fin de multiplicar las garantías de la tutela de ciertos derechos, puesto que la efectividad de ciertos derechos en muchas ocasiones se ve obstaculizado por los mismos Estados en su reglamentación interna (Ferrajoli, 2010).

En relación con lo anterior, en Colombia el avance de los derechos sociales fundamentales ha partido desde la constitución de 1991, y que mediante la función legislativa y judicial ha ido materializándose su protección; sin embargo, dichos derechos todavía siguen vulnerándose, pues determinados grupos sociales o sectores de la población se ven excluidos de los respectivos derechos como son los población afrocolombiana, Rom e indígena, la mujeres y las personas que se encuentran en estado de pobreza tienen dificultades para acceder a los derechos sociales fundamentales.

En consecuencia, se analizará el papel de la mujer en el cuidado de los niños desde la perspectiva del programa de las madres comunitarias como política pública y las razones del

desconocimiento de sus derechos sociales fundamentales como son el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la dignidad humana.

El Estado colombiano, en la Constitución de 1991 (arts.11, 13, 44), consagró la primera infancia como seres de especial protección; dadas sus condiciones de vulnerabilidad, los mismos necesitan de ciertos cuidados con el fin de garantizar un desarrollo integral tanto físico como mental. Además de esto, ratificó instrumentos internacionales como la Convención Universal de los Niños (ONU 1989), en la cual se establece en sus art 2 y 3 que los Estados partes tomarán las medidas necesarias para el cuidado y protección de los niños por medio de instituciones tanto públicas como privadas; La Convención Americana de Derechos Humanos (1969), en su art. 19 consagra que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) consagra (art. 24) que los niños, sin importar sus circunstancias, tienen derecho a que los Estados tomen las medidas que ellos requieran para su protección. Ahora en materia legal, Colombia también tiene leyes en las cuales consagra el interés superior del menor, como lo es Código de infancia y adolescencia, Ley 1098 de 2006 (Corte Constitucional, sala octava de revisión, T 260 de 2012).

Analizando los desarrollos de la Constitución de 1991 y la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, que se incorporan al bloque de constitucionalidad, para el Estado colombiano es imperativo hacer prevalentes los derechos de los menores frente a los demás titulares de derechos fundamentales; el Estado colombiano debe adoptar las medidas que correspondan para garantizar los derechos de la

infancia y la adolescencia. El programa de madres comunitarias, si bien creado e implantado antes de la Constitución de 1991, ejerce una importante obligación de naturaleza constitucional y convencional, no es presupuesto para permitir que el Estado vulnere otros derechos fundamentales como la de las mujeres que prestan el servicio de cuidado a los niños, en razón a que realmente es un servicio público, debiendo las instituciones del Estado estar acorde con los cambios jurídicos y sociales.

1.2. Contexto histórico de la legislación sobre madres comunitarias en Colombia

Colombia, como un país subdesarrollado, desde sus principios ha tenido drásticos problemas para combatir la desigualdad, la pobreza y hambruna, que han conllevado a que no pueda cumplir con los fines del Estado Social de Derecho; así, para desarrollar el tema de las madres comunitarias, se iniciará abordando históricamente el problema de desnutrición infantil y consecuentemente la política pública dirigida a la infancia en Colombia que dio lugar al programa de las madres comunitarias como uno de los intentos para reducir los niveles de desigualdad y pobreza extrema.

En 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas, promulgó la Declaración de los Derechos del Niño. Más tarde, para recordarles los compromisos aceptados por los países miembros, las Naciones Unidas declararon año Internacional del niño el año 1979 (UNESCO. portal.unesco.org). Estos avances en el plano de los instrumentos internacionales del sistema de las Naciones Unidas motivaron el hecho que en Colombia madurara la idea de la atención a los niños, creando Políticas Nacionales de Atención al Menor.

Posteriormente, el Departamento Nacional de Planeación hizo un estudio sobre la familia colombiana por las presiones que se dieron por la celebración del día internacional de niño en el año 1979, que tuvo como resultado la creación de las políticas de atención integral a la familia; que inicio con el gobierno de Belisario Betancur como política pública y que luego iba a ser mejorada por el gobierno de Virgilio Barco. En sus inicios, la influencia de otros países dio pie a la realización de estudios que determinaran las razones de la deserción estudiantil y bajo rendimiento; entre las causas se encontró la mala alimentación en la primera etapa de los niños y la falta de estimulación psicomotora. En Colombia estos estudios sirvieron de lineamientos al ICBF para la atención a la primera infancia. (Matamoros, 2009)

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) fue creado por la Ley 75 de 1968, como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud. Su objetivo primordial era proveer bienestar a las familias colombianas, y recibir y distribuir recursos del presupuesto, dirigidos a entidades oficiales y particulares que se ocupen del bienestar del menor y la familia, además de la inspección de la utilización de esos respectivos recursos; la misión por la cual fue creado el ICBF, cuidado y atención de la primera infancia, no se vio evidenciada pues se dedicaron a temas como el apoyo a ciertos partidos políticos (Matamoros, 2009).

Posteriormente, el ICBF va a crear uno de los primeros programas para la atención al menor dirigido sólo a los hijos de los empleados públicos, denominados Centros de Atención Integral al Preescolar (CAIPS) con la Ley 72 de 1974, y que posteriormente fue ampliado a los trabajadores independientes y desempleados. Luego con la Ley 27 de 1974 dispuso la

obligación a las empresas, tanto públicas como privadas, a aportar al ICBF un 2% de las nóminas mensuales como aportes parafiscales (Matamoros, 2009).

El siguiente avance relevante fue estatuido en la Ley 7 de 1979, donde los CAIP, además de cambiar su nombre a “Hogares Infantiles”, tuvieron un cambio de noción en sus objetivos, entre ellos, además de la necesidad de atención a la primera infancia, generar ambientes familiares para los niños y crear compromisos tanto familiares como comunitarios en la formación y cuidado de los niños; sin embargo, posteriormente hubieron complicaciones en materia presupuestal como las compras que se hicieron de ciertos objetos onerosos, lo cual repercutió en el acceso de ciertos beneficios a una gran cantidad de niños; otro defecto fue que no contaban con la cantidad de cuidadores y jardines calificados para cubrir la demanda, quedando por fuera muchos niños, siendo estos niños en su mayoría de las zonas más vulnerables del país (Matamoros, 2009)

Con la llegada de Virgilio Barco la política pública dirigida a erradicar la pobreza absoluta mediante un Plan Nacional logró exponer en el CONPES 2307 de 1987 el programa de Hogares Comunitarios a cargo de madres de la misma comunidad, estableciendo metas específicas donde como la distribución de los recursos, forma de funcionamiento y las formas de financiación, que logró llenar las expectativas, por lo cual permitió su expansión y cobertura a nivel nacional, programa que primeramente tuvo un proceso piloto y que tuvo gran éxito.

Por tal motivo, en el gobierno de Virgilio Barco, hubo un gran desarrollo de los hogares Sociales del ICBF, de tal manera que fue necesario aumentar de un 2% a un 3% del aporte

patronal (ley 89 de 1988, art 1), aumentando los ingresos para financiar el programa de Hogares Comunitarios, ayudándole a tener una estabilidad económica, junto con una mejor distribución de los recursos. (Matamoros, 2009)

Así, en conclusión, el programa de madres comunitarias surgió como uno de los programas planteados por las políticas públicas dirigidas a la protección de la primera infancia y madres lactantes, en especial a los primeros, por los problemas que se daban constantemente en el ámbito de nutrición infantil; el propósito principal fue la promoción de la alimentación y el desarrollo pedagógico en los niños y niñas; se esperaba que estas estrategias contribuyeran a solucionar problemáticas asociadas a la deficiente alimentación, especialmente el bajo desempeño a nivel preescolar y las dificultades para el ingreso al mercado laboral de las madres solteras pertenecientes a clases bajas (Jaramillo, 2009).

1.3. *Avances en la legislación y en la jurisprudencia*

Legislativo:

De conformidad con lo anterior el CONPES de 1987, estableció como una de pieza clave la política pública de la protección de la población de niños y niñas, , donde preceptuó la instauración de un programa como urgencia nacional para contrarrestar la desnutrición, ya que los anteriores programas que buscaban un fin similar habían fracasado por falta de cubrimiento y tergiversación de los fines; en 1988 mediante la Ley 89 debido al éxito de dicho programa se vio la necesidad de aumentar su presupuesto a la política pública establecida en el CONPES denominado Hogares Comunitarios del Bienestar Familiar, el cual

buscaba que mujeres del mismo contexto social de cada comunidad ofrezcan sus servicios de cuidado, protección y alimentación a niños menores de siete años y madres lactantes, cada madre tiene bajo su responsabilidad de cuidado y protección aproximadamente 10 a 15 niños. La entidad encargada de ejecutar y supervisar dicho programa es el ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) (Pinzón, 2015)

Al momento de creación del programa de las Madres Comunitarias, Colombia iniciaba importantes cambios en materia económica, política y cultural, dichos cambios consistieron en que la primera infancia comenzó a verse como objeto de especial protección, con base en diferentes convenios ratificados por Colombia y otras recomendaciones y decisiones proferidas por la comunidad internacional. (Pinzón, 2015)

Actualmente el programa de madres comunitarias tiene un fundamento constitucional en los arts. 42, 44, 49. Además de los convenios ratificados por Colombia como lo son el Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989 y las recomendaciones del PIDESC de 1995, los Convenios 26, 52 y 111 de la OIT, el Convenio de la OIT sobre protección del salario, y la Ley 51 de 1981 que ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (Corte Constitucional, sala octava de revisión, T 260 de 2012).

Por otra parte, es necesario mencionar que en virtud del desarrollo y cobertura que ha tenido el programa de las madres comunitarias se han vinculado al mismo un número importante de personas con el fin de prestar sus servicios, como así lo demuestran las cifras aportadas por el ICBF, pues en la actualidad hay aproximadamente más 69.000 madres comunitarias.

(ICBF: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PrimeraInfanciaICBF/Madres>)

Ahora, la naturaleza de la relación contractual de las madres comunitarias y el Estado ha sido controvertida, dado que en sus inicios se entendía como una relación de prestación de servicios voluntaria y no de carácter laboral, pero dada la importante producción normativa, jurisprudencial y teórica de dicha relación, recientemente se ha considerado como una relación de carácter laboral, por ello se hará un recuento de carácter legal y jurisprudencial para conocer todos sus avances:

La Ley 89 de 1988, en su artículo 1, parágrafo 2, mediante la cual se incrementan los recursos al ICBF del 2% al 3% para el programa de hogares comunitarias y de forma expresa, establece que el programa sería ejecutado por familias y vecinos quienes en forma mancomunada debían darle cumplimiento al objetivo de este, que es brindar protección a las necesidades básicas de los menores beneficiarios.

Seguidamente encontramos la expedición del Decreto 1340 de 1995, donde se desarrolla que el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar será financiado mediante un sistema de becas asignadas a cada localidad por el ICBF y así mismo el ICBF es quien indicará los parámetros para el correcto funcionamiento del mismo; también en su art.4 consagra que la vinculación de las madres comunitarias y cualquiera que participe en el desarrollo del mismo se entiende como voluntaria, además de aclarar de forma expresa que esta relación no se entenderá como una relación de carácter laboral.

Posteriormente se expide el Acuerdo 21 de 1996, mediante la cual se designan los procedimientos y lineamientos administrativos y estructurales para el funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar. Específicamente en su art. 2 menciona que dicha actividad será desarrollada por las familias de cada localidad en virtud de un trabajo solidario, a cargo de asociaciones de padres o cualquiera otra que haga sus veces; también afirma que los recursos para dar cumplimiento a dichas actividades serán otorgados en principio por el gobierno nacional, además de los recursos provenientes de cada entidad territorial (municipios o departamentos) y por las cuotas de participación de los padres de familia; indica los requisitos mínimos que debe cumplir cada persona para que pueda prestar sus servicios en dicho programa y así mismo establece que los beneficiarios del programa en mención serán niños de las edades de 0 a 7 años, menores en estado de discapacidad y madres lactantes o gestantes; por último determina que la cuota recibida tendrá una destinación del 66% para las madres comunitarias donde se cubra todo el funcionamiento del hogar comunitario y un 34% determinado para actividades específicas de los menores.

Con la Resolución 706 de 1998 se establecen los parámetros mínimos que deben cumplir los Hogares Comunitarios a fin de brindar los cuidados y protección necesarios a los menores y madres gestantes, dado que de lo contrario se dará el cierre, reubicación o suspensión temporal de los Hogares comunitarios; del encargado de expedir la resolución correspondiente al cierre, reubicación o suspensión temporal del Hogar Comunitario será el Coordinador del centro zonal o el que haga sus veces.

La Ley 100 de 1993, en su art. 25, dispuso que las madres comunitarias son beneficiarias del fondo de solidaridad pensional, el cual tiene como fin subsidiar los aportes de determinadas

personas. En la Ley 509 de 1999, se dispuso que las madres comunitarias pasarían al régimen contributivo en materia de salud, teniendo como base de liquidación las “**bonificaciones**” derivadas de las “**becas**” otorgadas por el ICBF en virtud de su labor; los aportes a salud tenían una tarifa del 4% del monto de las bonificaciones. Hubo un avance en el reconocimiento de los derechos de las madres comunitarias con la Ley 509, pues se estableció el sistema de pago subsidiado del 80% de los aportes cotizados en pensión. Las madres comunitarias debían aportar el restante 20%.

La Ley 1187 de 2008 reconoció el derecho de las madres comunitarias a vincularse como aportantes al sistema de seguridad social en salud y pensión, siendo subsidiados sus aportes por el Fondo de Solidaridad Pensional, cualquiera que sea la edad de estas y en cualquier tiempo, conforme lo dispuso la Ley 797 de 2003.

En el art.165 de la Ley 1450 de 2011 se establece que corresponde un incremento a las madres comunitarias para que como trabajadoras independientes puedan afiliarse al Sistema General de Riesgos Laborales. Mediante el Decreto 4079 de 2011, se da regulación a dicho artículo, estableciendo que corresponde a las organizaciones administradoras del ICBF generar la afiliación de manera “voluntaria” de las madres comunitarias al Sistema General de Riesgos Laborales y agrega que la base de cotización se dará teniendo en cuenta el incremento en la beca para el cubrimiento de este aporte.

La Ley 1607 de 2012, mediante la cual se disponen ciertas cuestiones en materia tributaria, en su art.36, consagra que las denominadas BECAS que se otorgan a las madres sustitutas deberán ser conforme a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente de manera progresiva a

partir del año 2013 pero para el año 2014 las madres comunitarias deben ser vinculadas conforme con todo lo exigido en materia laboral, es decir, al año 2014 las mismas deben estar formalizadas laboralmente y devengarán un salario mínimo o su equivalente.

En el Decreto 289 de 2014, mediante el cual se reglamenta la vinculación laboral de las madres comunitarias, se fija que las madres comunitarias deberán ser vinculadas mediante contrato de trabajo, siendo empleadores las entidades administradoras del programa madres comunitarias, teniendo como objetivo que las mismas sean vinculadas con todo lo estatuido en la legislación laboral. El Ministerio del Trabajo es el ente encargado de realizar las labores de apoyo en la formalización laboral de las madres comunitarias.

Por otra parte, es necesario aludir que, en Colombia, según el Código Sustantivo del Trabajo, se presume la existencia de un contrato laboral cuando concurren tres elementos los cuales son la prestación personal del servicio; la subordinación por parte del trabajador y la retribución directa por el servicio prestado, siendo la subordinación el elemento principal.

En el art. 53 de la Constitución Política se consagran una serie de principios de carácter laboral, dentro de los cuales encontramos la primacía de la realidad sobre las formas, el cual bien lo ha definido la Corte Constitucional en la Sentencia C - 665 de 1998 como aquel en el que se da prioridad a la verdadera naturaleza relación contractual que a la naturaleza dada por las partes. (Corte Constitucional, Sala plena. 12 de noviembre de 1998. C-655 de 1998 M.P Hernando Herrera Vergara).

Con el paso del tiempo, por la implementación de dicho programa, se generaron conflictos sobre la naturaleza de la relación surgida entre el ICBF y las madres comunitarias, por lo cual la Corte Constitucional, a partir de diferentes pronunciamientos, realiza un desarrollo jurisprudencial con el fin de dar una definición a la misma.

Jurisprudencial

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre aspectos relacionados con la labor de la madre comunitaria del ICBF y la naturaleza de su relación:

Ilustración 1. Línea jurisprudencial sobre los derechos laborales de las madres comunitarias en Colombia (2000-2016)

Sí	Problema jurídico: ¿Las madres comunitarias tienen derechos laborales en virtud de un contrato de trabajo y derechos al reconocimiento y pago de seguridad social?	No
	T-990 de 2000 No hay contrato laboral y no se reconoce la licencia de maternidad porque es prestación económica T-159 de 2001 No hay contrato laboral, pero sí tienen derecho a la licencia de maternidad siempre y cuando estén vinculadas al régimen contributivo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 509 de 1999. T-628 de 2012 Determina que la vinculación de las madres comunitarias es de carácter mixto y ordena a las entidades competentes que se modifiquen las normas para que se pague un SMLMV. T-478 de 2013 Mantiene que la vinculación de las madres comunitarias es de carácter mixto, pero Se estableció que el subsidio proveniente de Colombia mayor a los aportes realizados por las madres comunitarias al sistema pensional debe mantenerse durante todo el tiempo en que ejerzan dicha actividad y no con el límite de 750 semanas (D. 4944, en el art. 2) T-508 DE 2015 Afirma que la relación laboral está en transición, mientras tanto Le concede el derecho del subsidio de la cuenta de subsistencia a las madres comunitarias utilizando la excepción de inconstitucionalidad frente a los requisitos para acceder al subsidio consagrado en el D. 605 de 2013 T-018 de 2016 Negó la existencia de un contrato laboral, pero reconoció el derecho a la seguridad social mediante el ingreso a la subcuenta de subsistencia del fondo de solidaridad pensional T-480 de 2016 Declara la existencia de contrato realidad (desde su vinculación hasta el 31 de enero de 2014) y todas las seguridades derivadas de la seguridad social.	

Desde 1995, la Corte se había pronunciado sobre la naturaleza jurídica del vínculo de las madres comunitarias con el Estado. Mediante la sentencia T- 990 de 2000, la Corte resolvió el caso de una madre comunitaria que solicitaba la protección de sus derechos al trabajo y la

salud toda vez que el ISS no le había realizado el pago de la licencia de maternidad dado que no se registraban aportes a su favor por parte del ICBF; la Corte no realiza un estudio exhaustivo del caso, simplemente reitera lo dicho en la sentencia T-668 de 2000 y afirma que los contratos suscritos entre las madres comunitarias y el ICBF no configuran una relación laboral entre las partes, toda vez que así está estipulado por la norma aplicable al caso.

Lo anterior se aduce en virtud de que este programa responde a una ayuda “voluntaria y solidaria”, con el fin de prestar labores de apoyo a los más desfavorecidos. También la Corte niega la existencia del elemento de subordinación, puesto que afirma que sólo se establecieron ciertas directrices para el funcionamiento de los Hogares Comunitarios, los cuales no pueden ser tomados como una subordinación. En consecuencia, niega el amparo a los derechos solicitados por la accionante (Corte Constitucional, sala primera de revisión. 2 de agosto de 2000. T- 990 de 2000. Antonio Barrera Carbonell).

En años posteriores la Corte, mediante sentencia T-159 de 2001 reitera la postura que ha venido manejando respecto de la naturaleza de la labor de las madres comunitarias pero para el caso en cuestión la accionante solicita que se amparen sus derechos a la seguridad social, toda vez que el ISS le niega el pago de la licencia de maternidad dado que el ICBF no cotizó de forma permanente sino ocasional, por lo que puede constituir como un indicio de afectación al mínimo vital; la Corte resuelve que, si bien no hay una relación de carácter laboral, a partir del 3 de agosto de 1999, fecha en que entra en vigor la Ley 509 de 1999, las madres comunitarias pasan a ser parte del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, en consecuencia, se hacen acreedoras de las prestaciones tanto asistenciales

como económicas, por ende, ordena su reconocimiento y pago dado que en el caso en cuestión existe una clara violación al mínimo vital.

Cambio jurisprudencial: la naturaleza mixta del vínculo de las madres comunitarias con el ICBF

Entre los años 2001 y 2011, no se discutió la *ratio decidendi* de la sentencia T-159 de 2001. El cambio jurisprudencial inicia con la sentencia T- 628 de 2012, en la cual la Corte resuelve el caso de una madre comunitaria que presenta enfermedad de VIH – SIDA. La misma asegura haber sido objeto de persecución laboral por parte del ICBF, dado que conociendo su estado de debilidad manifiesta la misma fue sancionada en reiteradas ocasiones por estar ausente en el Hogar Comunitario toda vez que no tuvieron en cuenta sus justificaciones médicas y en consecuencia fue desvinculada del programa, por ende la accionante solicita se le amparen sus derechos a la igualdad, la dignidad humana, a la salud, seguridad social y a la intimidad que considera vulnerados por los demandados al desvincularla del programa de madres comunitarias.

La Corte asegura que, si bien es cierto, según el art. 4 del Decreto 1340 de 1995, que la vinculación de las madres comunitarias es una vinculación voluntaria, esto no puede ser tomado como una clase únicamente de voluntariado puesto que las características de dicha relación denotan la existencia de una forma de trabajo, que, si bien no es subordinado, sí permite que las personas desarrollen un oficio que les permite establecer condiciones de vida digna. Dicha forma de trabajo dijo la Corte, tiene elementos que permiten concluir que existe un régimen mixto, toda vez que existe ciertas características que son propias de una relación

laboral y no de una relación de prestación de servicios, por ejemplo, respecto de los aportes a seguridad social, pues las mismas no están obligadas a cotizar el 100% de los aportes como si lo realizan los prestadores de servicios (Corte Constitucional, sala octava de revisión. 10 de agosto de 2012. T- 628 de 2012, Humberto Antonio Sierra Porto).

Si bien la Corte menciona a la accionante que la vía para establecer la existencia de un contrato realidad debe ser la jurisdicción ordinaria, también hace una crítica al régimen jurídico de las madres comunitarias, toda vez que las mismas deben ser dignificadas y deben ser protegidas. El trabajo voluntario a que hace alusión la norma, se predica de la prestación de los *bienes* encaminados a realizar esta labor (la casa de las madres comunitarias, sus implementos de cocina, aseo, etc.) más no a renunciar a sus derechos fundamentales estipulados en la Constitución como lo son los derechos a la seguridad social, el trabajo, etc. Por lo anterior sugiere que exista un cambio en materia legislativa, de manera progresiva y pronta, para que las mismas sean dignificadas laboralmente (Corte Constitucional, sala octava de revisión. 10 de agosto de 2012. T- 628 de 2012, Humberto Antonio Sierra Porto).

En la misma sentencia, el magistrado ponente se refirió la procedencia del cierre y la reubicación del Hogar Comunitario, la Corte manifiesta que es una herramienta que creó el legislador en favor del ICBF con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños, consagrada en el acuerdo 50 de 1996 y la resolución 0706 de 1998, pero para el caso en cuestión, no se encuentra demostrado que dicho Hogar Comunitario se haya cerrado por cuestiones objetivas, por lo tanto da por demostrada la discriminación por parte del ICBF con la accionante y en consecuencia, ordena que se revoque el fallo proferido en segunda instancia y en su lugar amparar los derechos

fundamentales a la igualdad, dignidad humana, seguridad social, etc; llegando a la conclusión de que en el caso específico no hubo razones objetivas para cerrar el Hogar ordenando la reapertura (Corte Constitucional, sala octava de revisión. 10 de agosto de 2012. T- 628 de 2012, Humberto Antonio Sierra Porto).

Extensión de la cobertura en el tiempo al subsidio a pensión

Posteriormente, en la sentencia T-478 de 2013 la Corte Constitucional resuelve el amparo solicitado por una madre comunitaria, sobre sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social que afirma fueron vulnerados, toda vez que la misma fue desvinculada del beneficio a subsidio de cotización en materia pensional, pues el Consorcio Prosperar afirma que la accionante ya ha recibido el tope de los subsidios establecidos y la madre comunitaria aún sigue ejerciendo su labor.

Al respecto la Corte para resolver el tema en cuestión, retoma lo dicho en la sentencia T 682 de 2012, donde refiere al régimen mixto de las madres comunitarias. También hace mención del subsidio de pensiones en el aporte del que son beneficiarias las madres comunitarias, creado con la ley L00 de 1993, este con el fin de reemplazar los aportes del empleador; dado que la accionante alegó ser desvinculada de forma intempestiva del beneficio a dicho subsidio y en consecuencia no pudo ejercer su derecho a la defensa, la Corte considera que si bien existe una temporalidad de tiempo determinada en el Decreto 4944 de 2009 por 750 semanas, dicho Decreto es, a todas luces, contrario al Estado social de derecho, pues desconoce la labor ejercida por las madres comunitarias y en consecuencia la Corte ampara los derechos alegados por la accionante, es decir, ordena al Consorcio Prosperar a afiliarse nuevamente a la

accionante. (Corte Constitucional, sala primera de revisión. 24 de julio de 2013. T-478 de 2013. María Victoria Calle Correa)

Posibilidad excepcional de aplicar retroactivamente las normas que garantizan beneficios pensionales a madres comunitarias

En la sentencia T-508 de 2015, Corte entra a resolver un caso relacionado con el Decreto 605 de 2013, mediante el cual se permite que las personas que dejen de ser madres comunitarias y que no reúnan los requisitos para acceder a pensión, ni sean beneficiarias del mecanismo de beneficios económicos periódicos, puedan acceder a un subsidio para su subsistencia. Para el caso en concreto, el conflicto surge en razón a que la entrada en vigor de dicho beneficio es el 16 de junio de 2011, fecha en que entra en vigor la Ley 1450 de 2011 y la accionante se retiró del programa madres comunitarias en el año 2009, en consecuencia, el Juez de primera instancia considera que la ley no es retroactiva y por ende la accionante no puede ser beneficiaria.

Frente a ello la Corte establece que a pesar de que las madres comunitarias siempre habían sido excluidas en materia legal de la relación laboral, es evidente que ahora existe un avance jurisprudencial y legal, dado que mediante la Ley 1607 de 2012 a partir del año 2014 las mismas tienen una formalización en materia laboral y actualmente sigue siendo una relación de carácter laboral. Ahora respecto del subsidio de subsistencia de las madres comunitarias, el Decreto 605 de 2013, establece ciertos requisitos para ser beneficiarios del fondo de subsistencia, como lo es tener 55 años si es mujer o 60 si es hombre, haber residido los últimos 10 años en el territorio nacional, acreditar la condición de madre comunitaria y

encontrarse en un estado de desprotección (Corte Constitucional, sala quinta de revisión. 10 de agosto de 2015. T-508 de 2015. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Establece que si bien es cierto la norma es clara en generar efectos desde su entrada en vigor y no de forma retroactiva, aun así, la Corte considera que es deber del ICBF evaluar los casos como el caso en cuestión para dar una inaplicación a la norma frente a la selección de madres comunitarias beneficiarias de dicho subsidio, en consecuencia, la Corte resuelve revocar la sentencia proferida y ordenar al ICBF incluir a la accionante en el programa de beneficiarias de dichos subsidios. (Corte Constitucional, sala quinta de revisión. 10 de agosto de 2015. T-508 de 2015. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Por su parte, en la sentencia T - 018 de 2016 la Corte resuelve un caso relativo a una madre comunitaria que asegura no tener el total de semanas laboradas, por ello solicita se amparen sus derechos a la seguridad social, la vida digna y al trabajo y se ordene al ICBF y a Cooasobien iniciar el trámite legal para realizar el pago retroactivo por los períodos no cotizados al sistema general de pensiones.

La Corte hace un recuento normativo y jurisprudencial, además reitera lo dicho por la OIT pues afirma que disfrazar una relación de trabajo implica dar una apariencia distinta a la realidad, aunque termina concluyendo que para el caso en cuestión no se logra determinar la existencia de un contrato de realidad debido a la falta de material probatorio pero sí se puede determinar que las madres comunitarias son beneficiarias de un beneficio estipulado en la Ley 1450 de 2011, en consecuencia ordena al ICBF que en un término de 72 horas expida un certificado donde se acredite los periodos desarrollados como madre comunitaria por parte

de la accionante, además de brindarle la orientación a la madre comunitaria para ser beneficiaria de dicho beneficio (Corte Constitucional, sala novena de revisión. 29 de enero de 2016. T - 018 de 2016. Luis Ernesto Vargas Silva).

Sentencia hito: existencia de un contrato realidad desde la creación del programa hasta la entrada en vigor de la Ley 1607 de 2012, art. 36

La sentencia más progresista en relación con la naturaleza del vínculo laboral de las madres comunitarias con el Estado colombiano es la sentencia T- 480 de 2016, en la cual se discutió un problema jurídico que tiene implicaciones tanto fiscales como legislativas; la Corte Constitucional estudia de forma exhaustiva y detallada si las madres comunitarias tienen una vinculación laboral, es decir, si se da la existencia de un contrato realidad y de ser así entra a determinar si existe una vulneración de los derechos a la seguridad social y a la salud.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Corte reitera los pronunciamientos jurisprudenciales y normativos, pero para entrar en materia inicia a estudiar si en el caso en cuestión se da cumplimiento a los tres elementos para que se pueda declarar la existencia de un contrato realidad, es decir, si hay una prestación personal del servicio, si hay subordinación y si existe una remuneración o salario por la labor realizada.

En la misma sentencia T-480 de 2016, se analiza lo referente a la existencia del contrato realidad existente entre las madres comunitarias y el ICBF, por lo que los problemas jurídicos a resolver en primera medida eran: a) si eran procedentes las acciones de tutela para hacer exigibles judicialmente el reconocimiento y pago de derechos de seguridad social; b) de

resultar procedente la tutela, resolver si el ICBF y el DPS vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, la seguridad social, dignidad humana, mínimo vital y el derecho a trabajo ante la *negativa de pagar en los aportes a seguridad social* en pensión a las madres comunitarias que hayan estado vinculadas desde la fecha de su vinculación hasta el 31 de enero de 2014 y finalizará con el tercer problema jurídico, c) el análisis de la existencia de una *relación de trabajo* entre las accionantes y el ICBF.

- a) La Corte, en revisión, inicia declarando *procedente la acción de tutela*, ya que cumple con los requisitos de inmediatez, subsidiariedad, trascendencia iusfundamental y legitimación de la causa por activa.
- b) Con respecto al segundo problema jurídico, ésta, expone que *el derecho al trabajo*, además de ser un derecho, es un deber social, que se materializa en la garantía de que se realice bajo condiciones justas y dignas siendo las dichas condiciones: la proporcionalidad entre la remuneración y la calidad y cantidad de trabajo; pago completo y oportuno de salarios; libertad de elegir el sistema prestacional, a trabajo igual salario igual y ofrecimiento de un ambiente adecuado para realizar las labores; *la seguridad social*, es además de un derecho fundamental irrenunciable, un servicio público de carácter obligatorio. Igualmente, en relación con la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, indica que tanto la Constitución Política (artículos 43 y 53 de la Constitución de 1991) como instrumentos internacionales de derechos humanos establecen garantías para eliminar todo acto o manifestación de discriminación por razones de sexo.
- c) Lo neurálgico en esta sentencia, es el desarrollo que va a realizar con respecto al cargo propuesto por las accionantes, sobre la vulneración del *derecho fundamental al*

trabajo. La Corte no se había querido pronunciar previamente sobre este tema; lo que motivó que dicha Corporación declarara la *existencia del contrato realidad* en la T-480 de 2016, fue que, en esta oportunidad, se detuvo en el examen de los elementos exigidos por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para determinar que existió el contrato realidad.

Hay prestación del servicio personal porque Cada Hogar Comunitario se encuentra a cargo de una madre comunitaria, también hay subordinación en razón a que las madres comunitarias se les aplican directrices que estipula el ICBF, que, en caso de no ser cumplidas, generan sanciones temporales y permanentes, que pueden ir desde la suspensión en la prestación del servicio, hasta el cierre definitivo del Hogar Comunitario; existe también el elemento salario pues, lo que se ha denominado como “beca” en la legislación, resulta ser el medio de subsistencia de muchas mujeres que ejercen dicha labor.

La Corte concluyó que, en consecuencia, sí se cumplen los elementos del contrato realidad: a) hubo actividad personal del servicio, b) subordinación y c) salario como retribución del servicio. En consecuencia, al ser el *pago a los aportes a seguridad social* una obligación inherente a la relación laboral considera que el ICBF vulneró sistemáticamente los derechos fundamentales a la igualdad, la dignidad humana, la seguridad social, el mínimo vital y al trabajo, aplicando el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, evitando que las madres comunitarias queden en una situación desventajosa de los derechos inherentes al contrato de trabajo.

Posteriormente, en la sentencia se estudia el tema de la discriminación en el derecho al trabajo, debido a que ha tenido diversas complicaciones en ciertos grupos poblacionales al ser discriminados, entre ellos está la población del género femenino, haciéndose mención de las normas internacionales, constitucionales y jurisprudencia que señala las garantías de la prohibición de la discriminación de la mujer en el trabajo como forma de materializar los respectivos derechos y garantías, entre los instrumentos internacionales están PIDESC en su artículo 2, 11; además de nuestra constitución como el preámbulo y los artículos 13, 25, 43 y 53, lo que demuestra que el ICBF ha discriminado a las mujeres y consecuentemente vulnerado el derecho a la igualdad y al trabajo.

Otro tema importante que utilizó el magistrado ponente en la sentencia fue recordar que está prohibido invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, pues la sostenibilidad fiscal no es un derecho, ni un principio si no un criterio orientador de las autoridades de las ramas de poder, el cual debe de interpretarse con el principio de progresividad, no pudiéndose utilizar dicho criterio para menoscabar derechos fundamentales.

A pesar del carácter progresista ajustado al modelo constitucional de Estado Social y Democrático de Derecho, la sentencia T-480 de 2016 fue declarada nula mediante el Auto 186 de 2017. Dado el impacto fiscal y las implicaciones obligacionales que generaba para el ICBF, esta institución interpuso una solicitud de nulidad contra la sentencia T-480 de 2016, desarrollada en el Auto 186 de 2017. Por consiguiente, pese a declaratoria de nulidad, el Auto 186 de 2017 mantiene en cabeza del ICBF la obligación de pagar el subsidio a los aportes a seguridad social a las madres comunitarias, desde la fecha de su vinculación hasta el 12 de febrero de 2014, con cargo al consorcio Colombia Mayor.

Ilustración II. Estado actual de la discusión jurisprudencial

Sí	Problema jurídico: ¿Las madres comunitarias tienen derechos laborales en virtud de un contrato de trabajo y derechos al reconocimiento y pago de seguridad social?	No
❖ Auto 186 de 2018 Declara la nulidad de la sentencia T-480 de 2016 y ordena el pago de los aportes a de pensión, desde la fecha de vinculación hasta el 12 de febrero de 2014 ❖ Auto 217 de 2017 Declara la nulidad parcial del Auto 186 de 2018 ❖ SU-079 de 2018 Determina que no existe contrato realidad y el subsidio a las madres comunitarias deberá solo pagarse por el fondo como lo establece la norma (80% a cargo del fondo y el 20% a cargo de las beneficiarias)		

El fundamento de la demanda de nulidad fue que la Corte, a juicio del ICBF, habría incurrido en ciertas vulneraciones al debido proceso: (i) cambio de jurisprudencia, (ii) indebida integración del contradictorio, (iii) indebida atribución de legitimación en la causa por pasiva al ICBF, y (iv) vulneración del debido proceso por elusión arbitraria de análisis de asuntos de relevancia constitucional.

La Corte entró a resolver uno a uno los cargos alegados por las accionantes:

- i) Porque solo es competente para modificar la jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 la sala plena de la Corte constitucional.

- ii) El cargo referente a la indebida integración del contradictorio, el ICBF lo fundamenta en que no se hizo parte los Operadores de Contratos de aportes que son los que actualmente tiene la calidad de empleadores de las madres comunitarias, Sin embargo, la Corte decide que dicho cargo es desierto, en razón a que el ICBF no alegó en todo el proceso la indebida integración del contradictorio.
- iii) En cuanto a la falta de legitimación en la causa por pasiva el nulcitante argumenta que no se define y concreta por cada madre, cómo el ICBF vulneró sus derechos fundamentales, sin embargo, la Corte considera que el ICBF que sí estaba legitimado, toda vez que dadas las particularidades del caso estaba llamado a responder siempre que se estableciera la responsabilidad sobre la misma entidad;
- iv) frente a la vulneración del debido proceso por yerro de elusión arbitraria del análisis de los asuntos constitucionales, establece que no constituyen precedente aplicable las sentencias señaladas por el accionante, pues el marco legal (CONPES de 1987, ley 89 de 188, decreto 1340 de 1995, etc) y jurisprudencial (sentencia SU-224 de 1998) negaba a la existencia de un vínculo laboral. En consecuencia, mediante este cargo se debía declarar la nulidad solicitada por la parte accionante. (Corte Constitucional, sala plena. 17 de abril de 2017. Auto 186 de 2017. Alberto Rojas Ríos).

Aquí la Corte Constitucional cambia su postura nuevamente; asume un rol formalista, aplicando el principio de que la forma en que se crea en derecho debe ser la misma en la que se extingue el derecho. Es decir, que cambia radicalmente la postura activista en defensa de

los derechos sociales de las mujeres dedicadas a ejercer el servicio de cuidadoras, postura que sostuvo, en resumen, entre los años de 2012 hasta 2016.

Aunque la Corte decretó la revocatoria de la sentencia T-480 de 2016 en el Auto 186, consideró la necesidad de amparar a las madres comunitarias accionantes, como sujetos de especial protección; en consecuencia, garantizó los derechos a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital, más no respecto del derecho al trabajo dado que, según esta nueva postura, no se acreditó la existencia de una relación laboral. Le ordena al ICBF que en un término no superior a (3) meses realice el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen los aportes parafiscales a las accionantes durante el tiempo que ejercieron dicha actividad.

En el mencionado Auto se expidieron varias aclaraciones de voto y un salvamento de voto. La magistrada María Victoria Calle Correa realiza una aclaración de voto donde aduce que, si bien el precedente jurisprudencial de la SU-224 de 1998 es vinculante para los fallos expedidos por la Corte, los mismos no son una camisa de fuerza para la expedición de nuevos fallos con base en criterios diferentes; sin embargo, plantea que no se probó la relación de carácter laboral en el caso concreto. Con ello no descarta la posibilidad de que se configure el contrato laboral en otros casos.

El magistrado Alberto Rojas Ríos, magistrado ponente de la sentencia T-480 de 2016, afirma que la sentencia SU-224 de 1998 no configura precedente aplicable, toda vez que los supuestos fácticos, la naturaleza del caso en cuestión y el problema jurídico es distinto, por ello concluye que la Corte hizo uso de ciertos tecnicismos con el fin de vulnerar derechos

fundamentales de los accionantes, sabiendo que la misma es la responsable de proteger la primacía de la Constitución (Corte Constitucional, sala plena. 17 de abril de 2017. Auto 186 de 2017. Alberto Rojas Ríos).

Por su parte, el magistrado Iván Humberto Escrucería Mayolo considera que la Corte se quedó corta con el avance jurisprudencial que debió realizar en desarrollo del contrato realidad y del principio de primacía de realidad sobre las formas, pues nunca fue abordado en el Auto 186, sólo en la sentencia SU-244 de 1998, que fue dictada 20 años atrás.

Por último, Alejandro Linares Cantillo resalta que resulta incongruente que la Corte resuelva no declarar la existencia de contrato realidad desde 1988 hasta antes del 12 de febrero de 2014 entre las madres comunitarias y el ICBF, pero sí ordena a los demás jueces de tutela decidir cada caso en cuestión (Corte Constitucional, sala plena. 17 de abril de 2017. Auto 186 de 2017. Alberto Rojas Ríos).

Retroceso jurisprudencial en relación con las garantías en seguridad social a las madres comunitarias

Posteriormente, mediante el Auto 217 de 2018 el Consorcio Colombia Mayor solicita la nulidad del Auto 186 de 2017 fundamentándose en una vulneración al debido proceso por indebida conformación del contradictorio, falta de notificación y nulidad por desconocimiento de la sostenibilidad fiscal.

Respecto de los primeros cargos, la Corte reconoce que no notificó ni vinculó al Consorcio Colombia Mayor, aun sabiendo que sus intereses se podrían ver afectados. Seguidamente la Corte consideró que respecto de la nulidad por la sostenibilidad fiscal carece de carga argumentativa pues el mismo no tiene rango de principio, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional en reiterados fallos, sino de criterio orientador de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

En consecuencia, da por procedente el cargo de nulidad por indebida integración del contradictorio y en consecuencia declara la nulidad parcial del mencionado Auto; además de ordenar la vinculación del consorcio Colombia mayor, ordena que una vez integrado el contradictorio, la sala en pleno se pronuncie sobre la decisión en el marco de las garantías fundamentales.

Para dar cumplimiento a lo ordenado en el Auto 217/18 la Corte expide la Sentencia SU-079 de 2018. Su problema jurídico es determinar si entre las madres comunitarias y el ICBF puede predicarse la existencia de una relación laboral desde 1988 a la entrada en vigencia del Decreto 289 de 2014, para lo cual la Corte menciona el desarrollo jurisprudencial y legal que han tenido las mismas pero para el caso en cuestión determina que las accionantes fueron beneficiarias del programa de subsidio al aporte en pensión pero muchas de ellas no cumplieron con los deberes que les imponía la ley para acceder a dicho beneficio. De modo que, dado que las mismas no cancelaron el valor del aporte que les correspondía, la ley no podía cumplir sus efectos y por tanto las entidades accionadas no transgredieron los derechos fundamentales de las accionantes, ni el Estado es responsable del incumplimiento por parte de las mismas.

Por consiguiente, afirma que, dado que siempre se les propició la oportunidad de acceder al fondo de solidaridad pensional y al no existir un vínculo de carácter laboral, no se genera la obligación de las entidades demandadas de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes y ordena revocar las sentencias proferidas.

Problemas en la interpretación judicial de la Ley 1607 de 2012 por la Corte Constitucional colombiana

De acuerdo con lo anterior, la interpretación de las normas jurídicas debe buscar escudriñar el verdadero sentido de la ley, para lo cual es necesario recordar que en Colombia existen varios métodos de interpretación aplicables, según el Código civil en sus art. 25 pueden ser doctrinales, gramaticales, por contexto, teleológicos, históricos, etc.

Para analizar la presente ley iniciaremos con una interpretación del contexto social y económico. Con la Ley 1607 de 2012 se implementó una reforma tributaria toda vez que el desarrollo económico que Colombia estaba teniendo a la fecha era bajo; no se evidenciaban crecimientos en el PIB, aunque si bien era bajo respecto del año inmediatamente anterior seguía siendo superior al del promedio de la década del 2000, en consecuencia, el objetivo principal era generar un crecimiento económico mediante mecanismos que generara una igualdad de oportunidades a todos los colombianos. (DNP. 2012. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Social/CARTILLA_SOCIAL_septiembre_2012%20%282%29.pdf)

Mediante la exposición de motivos de la mencionada ley, y haciendo uso de una interpretación teleológica, encontramos que el objeto de esta es reducir los niveles de desigualdad y aumentar el empleo formal con el fin de generar una inclusión de los sectores más desfavorecidos, pues para el Estado son preocupantes las estadísticas de desempleo e informalidad que registra el país, además de los niveles de desigualdad (Ministerio de Hacienda. (2016) :

http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=nIgraKlJJKfmzuBozGpMR9L10xTaya4GFm_ig8D1ksLcE4CE_6zI!508618735?nodeId=%2FOCS%2FMIG_6012612.PDF%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased).

Con lo anterior nos basta para afirmar que el legislador a todas luces quería generar una igualdad material respecto de todos los sectores de la población, por ello en el art. 36 encontramos que ordena se otorgue a las madres comunitarias una beca equivalente a un salario mínimo en una primera etapa, en una segunda etapa ordena que en el año 2014 las madres comunitarias se formalicen laboralmente, es decir que el legislador reconoce que las madres comunitarias son un sector vulnerable de la sociedad que se encuentran en una situación clara de desprotección, en consecuencia toma las medidas necesarias para generar una igualdad material.

Por ello, son discutibles las argumentaciones que la Corte Constitucional ha hecho en las últimas sentencias respecto del vínculo de las madres comunitarias y el ICBF; en la SU-079 de 2018 afirmó que, si bien las madres comunitarias han desarrollado su labor desde 1988, es hasta el año 2014 que se entiende que existe un vínculo laboral entre las mismas y el ICBF. Es decir, que la Corte utiliza una interpretación literal de la norma, sin considerar el espíritu

que orientó la sanción de la ley. Para el legislador era claro que, por más de 30 años, las madres comunitarias habían estado en situación de desprotección laboral y por consiguiente tenían que tomarse las medidas necesarias para generar una igualdad material; es por esto que sí era procedente establecer la existencia de un contrato realidad desde el año 1988 o anteriores a ellos, entre las madres comunitarias y el ICBF, pues se cumplía con los supuestos fácticos y jurídicos para declarar la existencia de un contrato realidad, toda vez que sí se cumple el requisito de la prestación *personal* del servicio. Su ausencia o delegación del servicio a otra persona, es causal de sanción. Cada hogar comunitario tiene una madre comunitaria a cargo; existe una *retribución económica* del servicio de madres comunitarias, pues las mismas tienen acceso a un dinero del Estado denominado “beca”, con lo cual muchas de ellas subsisten y existe una evidente subordinación, pues el ICBF en virtud de varias regulaciones, puede sancionar o desvincular a la madre comunitaria de forma transitoria o permanente. En consecuencia, dado que se cumplen los elementos que permiten declarar la existencia de un contrato de trabajo, es evidente el sentido del fallo que debía proferir la Corte Constitucional.

Por último, dicho lo anterior se concluye que la Corte Constitucional, en el caso de las madres comunitarias, desconoció los fines esenciales de un Estado social de derecho, pues entre ellos está garantizar la efectividad de los principios y derechos civiles, políticos, sociales, culturales, económicos, multiculturales y ambientales. Ahora es más grave aún que en este caso la Corte resuelva el problema jurídico bajo la interpretación que se haría en un Estado de Derecho, más no en un Estado Social de Derecho. La Corte desconoció el mandato del artículo 13 de la Constitución, que obliga al Estado colombiano a adoptar acciones afirmativas para hacer efectiva la igualdad material entre hombres y mujeres. En los Autos

186 y 217 de 2018 y en la sentencia SU-079 de 2018, es claro que la base argumentativa de los referidos fallos es la vulneración al debido proceso, dejando de lado el derecho material, siendo evidente que con ello se estaría negando el amparo de derechos fundamentales, como lo son el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, principios de carácter laboral, mínimo vital, vida digna, derechos a la seguridad social a personas que necesitan una especial protección.

Síntesis de los cambios jurisprudenciales en sede de la Corte Constitucional sobre la naturaleza jurídica de la relación entre las madres comunitarias y el ICBF

A través del análisis dinámico y estático de precedentes de la Corte Constitucional podemos concluir que la jurisprudencia ha sufrido variaciones de carácter progresistas y regresivas.

En un primer momento, la Corte Constitucional sostenía que la naturaleza de dicha relación no era laboral sino de naturaleza civil, es decir se estaba frente a una relación de prestación de servicios.

Posteriormente, el desarrollo jurisprudencial cambia el precedente sentado sobre la naturaleza civil y no laboral de la relación entre las madres comunitarias y el ICBF. Desde 2012 la relación existente entre las madres comunitarias y el ICBF se interpreta como una relación de naturaleza mixta, pues se está entre una relación de carácter laboral y una de naturaleza civil, dadas las características propias de la relación.

En la postura más progresista alcanzada por la Corte Constitucional mediante la sentencia T-480 de 2016, se interpreta la Ley 1607 de 2012 en el sentido de que es obligación del Estado

formalizar a las madres comunitarias a partir del 2014, según las normas laborales vigentes. En dicha sentencia la Corte Constitucional resuelve que la naturaleza de dicha relación anterior al año 2014 es de naturaleza laboral, con base en el principio de primacía de la realidad sobre las formas; en consecuencia, obliga al ICBF a pagar todos los aportes a seguridad social dejados de percibir por las madres comunitarias que prestaron sus servicios hasta el 12 de febrero de 2014 (fecha de entrada en vigor del art. 36 de la Ley 1607).

A partir de la expedición de dicha sentencia, inicia una etapa de carácter regresivo puesto que la Corte, en virtud de la solicitud de nulidad hecha por el ICBF respecto de la sentencia T-480/16 que declaró la existencia de contrato realidad de todas las relaciones del ICBF con las madres comunitarias anteriores al año 2014; la sala plena de la Corte declaró la nulidad y resolvió que, si bien no existe una relación de carácter laboral, aun así el ICBF debe pagar los aportes a pensión dejados de percibir por las accionantes.

Luego se hace aún más gravosa su situación, pues dada la solicitud del Consorcio Colombia Mayor y el Ministerio del trabajo, mediante el Auto 217 de 2018 se revoca lo resuelto en el Auto 186/18 y en consecuencia se afirma que es la sala plena de la Corte quien debe pronunciarse al respecto.

La más reciente decisión regresiva de esta Corporación es la sentencia SU 079 de 2018, en la cual la Corte hace toda una interpretación formalista y legalista, concluyendo que no ampara los derechos de las madres comunitarias a pesar de las claras circunstancias de vulnerabilidad; el argumento principal es que el Estado les habría proporcionado subsidios en los aportes de la cotización a pensión en un 80% y en consecuencia esto era lo necesario

para amparar una vida digna, y si perdían dichos subsidios por incurrir en las causales establecidas de la ley, simplemente era con ocasión de la falta de diligencia de las accionantes.

2. CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DESDE TEORÍAS REALISTAS Y FEMINISTAS DEL DERECHO

En este segundo capítulo se hará, en primer lugar, una aproximación a las teorías realistas y feministas del derecho; en segundo lugar, se analizará el caso de las madres comunitarias frente a las teorías realistas y feministas del derecho, haciendo un estudio de las posturas ideológicas de algunos de los magistrados que hicieron parte de este desarrollo jurisprudencial en su calidad de magistrados/as ponentes, se tienen en cuenta para el análisis de las ideologías de las decisiones judiciales las categorías de comportamiento establecidas por (Kennedy, 2010) en su libro “Izquierda y Derecha. Ensayos de Teoría Jurídica Crítica”; se interpretan los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana en el caso de las madres comunitarias desde las críticas hechas por Nancy Fraser (1997) y Carole Pateman (2014) a la desprotección del trabajo realizado por las cuidadoras, que es uno de los pilares sobre los cuales se sostiene el modelo de Estado Social de Derecho; en tercer lugar, concluiremos con una posible solución a los problemas jurídicos relacionados con los derechos laborales de las madres comunitarias, desde la teoría de la argumentación de (Alexy, 2007).

2.1 Teorías realistas del Derecho

En el mundo jurídico tenemos varias teorías del derecho, dentro de las más conocidas están las teorías iusnaturalistas, iuspositivistas y encontramos el denominado realismo jurídico. Todas tienen un concepto de “Derecho” diferente entre sí; todas interpretan el mundo de lo

jurídico sobre la base de diferentes criterios; y todas llegan a respuestas diferentes en relación con casos concretos.

Con base en Cárdenas (2019), los conceptos “realismo jurídico” o “iusrealismo” se utiliza para referirse a tres vertientes de las teorías filosóficas del derecho:

- El realismo jurídico clásico
- El realismo jurídico norteamericano
- El realismo escandinavo

Cada una de ellas parte de una base diferente, teniendo solo en común solo la manera en cómo conciben o ven la realidad, pues aceptan como imposible el conocimiento objetivo de los valores y el derecho positivo. (Cárdenas, Pág. 1, 2019)

Para el tema que nos ocupa, haremos uso de la teoría del realismo jurídico norteamericano, corriente filosófica que nace a mediados del siglo XX la cual hace uso del estudio empírico para interpretar ciertas cuestiones del mundo jurídico, es decir, el realismo jurídico es anti idealista, pues busca encontrar las razones de las interpretaciones mediante la observación de la sociedad (Leiter, 2015).

Kennedy, autor de libros como Libertad y Restricción Judicial, Izquierda y Derecho, ensayos de teoría crítica jurídica y otra serie de libros, desarrolla un análisis de psicología social de los juristas del derecho frente a la práctica del derecho.

En este trabajo traemos a colación lo dicho por Duncan Kennedy en su libro *Izquierda y Derecho - Ensayos de Teoría Crítica Jurídica*, donde realiza una crítica a la objetividad de los jueces al momento de interpretar y proferir decisiones judiciales, partiendo de la premisa que el derecho en todas sus instancias es permeado por las ideologías de cada uno de los jueces al momento de su aplicación, lo cual es aplicable a la teoría del realismo jurídico a la problemática de las madres comunitarias, en consecuencia, haremos una breve reseña de lo dicho en su libro junto con los planteamientos de Robert Alexy para luego dar una aplicación al caso de las madres comunitarias. (Kennedy, 2010)

2.2. Teorías Feministas del Derecho

Luego analizaremos las teorías feministas para la observación de los hechos sociales, que se han dado en áreas tan específicas como la política, aún más en temas como la democracia, lo cual hace trascendental estudiar el caso de las madres comunitarias en base a algunas teorías feministas, en consecuencia, se hará alusión a los planteamientos establecidos por algunas autoras (Carole Pateman y Nancy Fraser), concluyendo con los estudios realizados por la autora Lina Fernanda, que nos ayudarán a analizar la solución dada por la Corte Constitucional a la problemática de las madres comunitarias de una forma más crítica, para ello primero realizaremos un análisis de sus planteamientos para luego aplicarlo al caso de las madres comunitarias.

2.3. Análisis del caso de las madres comunitarias frente a las teorías realistas y feministas del derecho

Dentro de los representantes del realismo jurídico, encontramos a Duncan Kennedy (2010). La mayoría de sus obras van encaminadas a desmentir la parcialidad de los jueces, haciendo

un análisis de cada una de las situaciones fácticas que se presentan en los estrados judiciales, por consiguiente, hace imprescindible hacer el estudio de una de sus obras, Izquierda y Derecho, frente a los diferentes fallos proferidos por las altas cortes.

Duncan Kennedy, Izquierda y Derecho:

Para desarrollar su teoría, Kennedy (2010) parte de la base de que los jueces a menudo prefieren decisiones judiciales convincentes con apariencia de neutralidad, sin embargo, muchas de dichas decisiones tienen otra solución que se ajusta más a los materiales jurídicos.

Para Kennedy existen formas estratégicas de operación por parte los jueces, encaminados a materializar sus ideologías en decisiones judiciales; las posturas ideológicas de los jueces en general son: el liberalismo y el conservadurismo; por ello, generalmente los jueces tienden a elegir normas que se ajusten mejor en alguna de estas dos ideologías.

Duncan Kennedy (2010) encasilla a los jueces en tres grandes grupos, con el fin entender las preferencias ideológicas de los jueces en la conducta judicial:

a. Juez activista restringido

El primer categórico es el juez activista restringido. En principio considera que su fin último no es el cumplimiento de la ley, sino por el contrario invierte una cantidad importante de tiempo y esfuerzo para elaborar una interpretación jurídica diferente a lo que en principio se creería que es mejor o más ajustada a derecho, en consecuencia, une esfuerzos para encontrar una argumentación en un sentido distinto al que otro juez en una postura objetiva optaría.

b. Juez mediador

El segundo categórico, lo denomina el juez mediador, pues intenta mediar fijando una postura media, desde la cual no accede en su totalidad a las pretensiones de algunas de las partes, sino que, por el contrario, a partir de las posturas de las misma genera una posición intermedia.

c. Juez bipolar

El tercer categórico, es el juez bipolar, pues *contrario sensu* a los anteriores, alterna las ideologías con el paso del tiempo, y de acuerdo con cada caso específico.

Kennedy concluye que cada sujeto tiene una estrategia interpretativa y lo denomina temperamento judicial. Sin embargo, aclara Kennedy, que para los jueces no es gratificante ni posible reconocer públicamente que cada decisión judicial que ellos han proferido está permeada por sus ideologías, así Kennedy determina que esto resulta siendo un secreto que contiene cada juez en su interior, es decir que los jueces son semiconscientes de los efectos adversos que puede generar la interpretación de una decisión judicial subjetiva, por ello los jueces eligen una estrategia determinada para poder objetar cualquier señalamiento relacionado con que su ideología condiciona sus providencias judiciales.

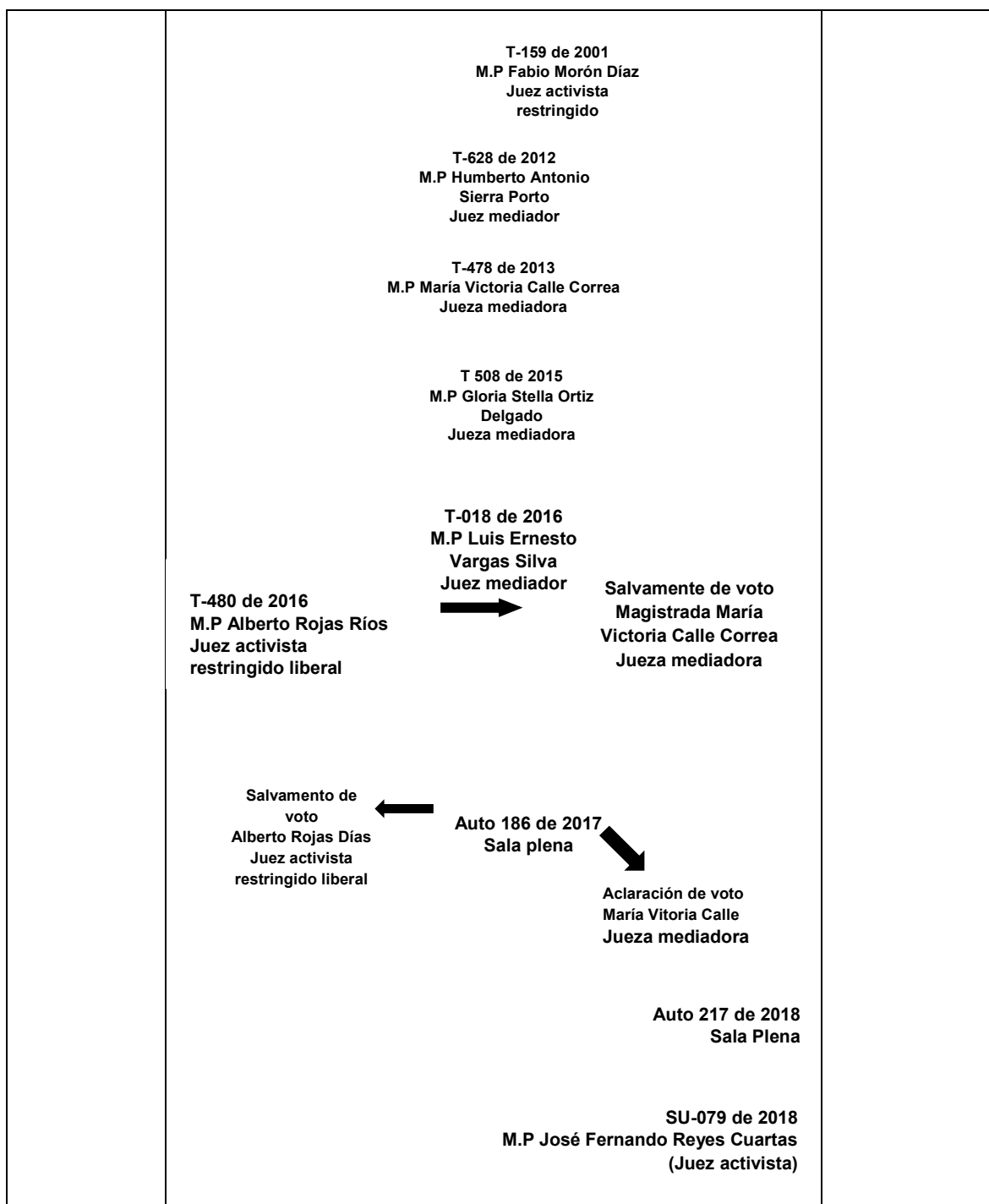
Es así como éste proporciona un marco teórico pertinente para el presenta trabajo, que tiene como objetivo realizar una crítica a los diferentes fallos judiciales sobre el caso del tratamiento jurídico de la relación entre las madres comunitarias y el Estado colombiano en cabeza del ICBF.

Para iniciar, tomaremos lo analizado en el capítulo uno. Mediante la ilustración que sintetiza los cambios jurisprudenciales en sede del tribunal constitucional de cierre a través del tiempo (análisis dinámico), relacionamos la *ratio decidendi* con las ideologías de los magistrados ponentes.

Ilustración III

Análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza de la relación jurídica entre las madres comunitarias y el Estado colombiano, de acuerdo con la tipología de jueces elaborada por Duncan Kennedy

¿Se está vulnerando el derecho al trabajo, a la seguridad social a las madres comunitarias que hayan estado vinculadas entre el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)?		
(Izquierda-liberal) Sí tiene derecho al trabajo y sus derivados, como el derecho a la seguridad social	Tienen derecho a la seguridad social de acuerdo con lo establecido por la ley sin que haya existencia de contrato de trabajo T-990 de 2002 M.P Antonio Barrera	(Derecha-conservadora) No tiene derecho al trabajo y sus derivados, como el derecho a la seguridad social



La gráfica combina la metodología de análisis jurisprudencial dinámico, desarrollada por Diego López Medina (2006) con las variables del análisis ideológico de las decisiones judiciales planteado por Duncan (2010). Se asume que la tesis del magistrado ponente es

consistente con su postura ideológica. A su vez, la postura ideológica del magistrado ponente condiciona la decisión del cuerpo colegiado que cambia los precedentes judiciales. Analizamos a continuación si los magistrados ponentes pueden identificarse con las tres clases o categorías de jueces propuestas por Duncan Kennedy en su libro *Izquierda y derecha* (2010):

✓ T- 990 de 2000

El primer fallo que analizamos es el T- 990 de 2000 , en la cual se hace evidente la posición de los magistrados, una posición conservadora radical, como bien lo determina el fallo se niega rotundamente la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, en dicho fallo participan los magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra y Eduardo Cifuentes Muñoz, el magistrado ponente fue Antonio Barrera Carbonell, no se evidencia ningún salvamento de voto ni aclaración de voto por parte de los magistrados, en consecuencia, se entiende que existe un pensamiento unánimemente conservador y se podría clasificar entre un tipo de juez activista conservador.

✓ T- 159 de 2001

El segundo fallo analizado es el T - 159 de 2001, en el cual se evidencia una posición de los magistrados que sigue siendo conservadora pero es algo más respetuosa de los derechos laborales de las mujeres, toda vez que niega la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre las madres comunitarias y el ICBF pero de igual forma aclara que bajo la expedición de la Ley 509 de 1999 las madres comunitarias pasaron a ser parte del régimen contributivo del sistema de salud, en consecuencia adquirieron el derecho a acceder a todas las prestaciones asistenciales y económicas que gozan los afiliados al régimen contributivo,

por ende no le asiste razón a las ESP ni al ISS negar el pago a la licencia de maternidad de las madres comunitarias. En dicho fallo participan los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Álvaro Tafur Galvis y Fabio Morón Díaz, siendo magistrado ponente Fabio Morón Díaz y dado que no existe ningún salvamento de voto, se tomará como una ideología conservadora unánime un tanto más proteccionista y ubicada entre los jueces activistas conservadores, según los categóricos planteados por Kennedy.

✓ T 628 de 2012

El tercer fallo analizado es el T 628 de 2012, donde encontramos una postura más progresista, pues si bien aún no admiten la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, sí admiten la existencia de un régimen mixto. Resaltan la existencia de unas características propias de un contrato de carácter laboral y un contrato de prestación de servicios; en consecuencia, ordenan revocar el fallo proferido en primera instancia y proceden a amparar los derechos de la accionante.

En esta sentencia participan los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Sierra Porto, siendo este último el magistrado ponente, en muchos de los fallos de este tipo de magistrados encontramos pronunciamientos progresistas, es decir respetuosos del modelo constitucional socialdemocrático. Para el caso de las madres comunitarias encontramos que los magistrados Calle, Vargas y Sierra se aproximan a las características de la categoría de jueces mediadores. Fijaron su postura a partir de lo alegado por cada una de las partes y se posicionan en un punto central a partir de las mismas, pues no acceden a la totalidad de las pretensiones de alguna de las partes procesales.

✓ T 478 de 2013

El cuarto fallo analizado es el T-478 de 2013. La Corte Constitucional sigue teniendo una postura liberal progresista. Si bien no acepta la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, sí afirma que el régimen aplicable a las madres comunitarias se encuentra en un periodo de transición y, en consecuencia, ordena amparar los derechos a la seguridad social de las madres comunitarias en materia pensional.

En este fallo participaron los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, siendo la magistrada ponente María Victoria Calle Correa, este cuerpo colegiado lo ubicamos, como jueces mediadores, dado que fijaron su postura en un punto intermedio a partir de las pretensiones de cada una de las partes, es decir, no accedieron a la totalidad de las pretensiones de alguna de las partes, pues no declararon la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre el ICBF y las madres comunitarias, pero sí ampararon su derecho a la seguridad social. Dado que no se evidencia aclaración ni salvamentos de voto, concluimos que en ese momento la Corte asumió unánimemente un enfoque social-democrático.

✓ T 508 de 2015

En el quinto fallo analizado, T 508 de 2015, encontramos una postura ideológica liberal progresista, pues si bien no acepta que la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, sí ampara el derecho a la igualdad de la accionante para que pueda acceder al beneficio económico consagrado en el art.3 del Decreto 605 de 2013. Este fallo fue integrado por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Gloria Stella Ortiz Delgado, siendo esta última la magistrada ponente. Se

concluye que su ideología al respecto es unánime, toda vez que no se evidencian ni salvamentos o aclaraciones de voto. Este cuerpo colegiado cumple las características de un juez mediador, pues son todavía más proteccionistas, pero nada dicen sobre la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre las madres comunitarias y el ICBF.

✓ T 018 de 2016

En el sexto fallo estudiado, T 018 de 2016, los magistrados tienen un corte liberal de centro, pues no declara la existencia de un contrato realidad entre la accionante y el ICBF, solamente ordena que se dé la orientación necesaria a la accionante para acceder al beneficio económico consagrado en la Ley 1759 de 2015, más no ampararon sus derechos pensionales en debida forma. Se concluye que en este punto la Corte deja de ser un tanto más progresista; por el contrario, se estanca en la literalidad de las normas y la jurisprudencia. Éste fallo lo integran María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Luis Ernesto Vargas Silva, siendo este último el magistrado ponente. Concluimos que, en este fallo, los magistrados no se ajustan de manera completa a alguno de los categóricos exactos establecidos por Duncan Kennedy, sin embargo, podría ubicarse en la clasificación de un juez mediador.

✓ T 480 de 2016

En la sentencia T-480 del 2016, el Magistrado Alberto Rojas Díaz muestra una tendencia liberal. En dicha sentencia deriva la *ratio decidendi* de un análisis progresista donde se declara la existencia del contrato de trabajo y las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que, en el caso que nos ocupa, son las de garantía del derecho a la seguridad social, pudiéndose identificar con la clasificación de Kennedy, un juez activista restringido liberal. La sala fue conformada por Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Martha

Victoria Sáchica Méndez y María Victoria Calle Correa quien salva voto, argumentando que no se debió de haber declarado existencia de contrato realidad. En su concepto, no se demostraron en cada caso particular los elementos que se requieren para que haya contrato de trabajo y no como lo hizo el magistrado, al declarar que había contrato realidad en abstracto, además que, en el caso presente, los derechos fundamentales vulnerados como la seguridad social pudieron haberse protegido de manera diferente, ya que el trabajo es protegido sin importar las modalidades.

✓ Auto 186 de 2017

En cuanto al respectivo auto, cuya decisión es tomada en sala plena, se decide declarar la nulidad de la anterior sentencia, con un salvamento de voto correspondiente al Magistrado Alberto Rojas Díaz y aclaraciones de voto por la Magistrada María Victoria Calle, Alejandro Linares Cantillo y Ivan Escrucería Mayolo, se evidencia que el grupo colegiado en su mayoría tomó una posición ideológica conservadora, a excepción del magistrado que salvó voto, quien se podría ubicar en la clasificación de un juez progresista liberal, al hacer una fuerte crítica a la decisión de la Corte Constitucional, pues considera que es el órgano encargado de garantizar la primacía de la Constitución Política teniendo presente que Colombia es un Estado Social De Derecho.

Por otra parte, la postura de la magistrada María Victoria Calle es cambiante, pues a lo largo de los precedentes judiciales en los que ha sido partícipe, se evidencia que ha alternado sus ideologías al respecto de las madres comunitarias; y los demás se pueden concebir como jueces activistas restringidos, incluyendo los demás magistrados que hicieron aclaraciones de voto, toda vez que realizan un esfuerzo de carácter jurídico para lograr dar una

interpretación diferente a la que en principio resultaría acorde a un Estado Social de Derecho. La sala estuvo integrada por Luis Guillermo Guerrero Pérez, María Victoria Calle Correa, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Iván Humberto Escrucería Mayolo, Aquiles Ignacio Arrieta Gómez, Alberto Rojas Ríos y José Antonio Cepeda Amarís.

✓ Auto 217 de 2018:

Como consecuencia de la decisión del anterior auto, la sala plena decide declarar nulo el auto por violación al debido proceso. En el presente auto no se puede distinguir claramente la posición elegida por la mayoría del cuerpo colegiado, ya que se discuten cuestiones más procesales, sin embargo, hilando muy fino podría decirse que la posición ideológica puede ubicarse en conservadora y de acuerdo con las clases de jueces planteadas (Kennedy, 2010), podrían considerarse como “jueces activistas restringidos conservadores”, toda vez que aúnan esfuerzos por alegar una posición contraria a la respuesta que debe darse en un Estado Social de Derecho, pues para nadie es un secreto que una de las diferencias entre un Estado Social de Derecho y un Estado de Derecho es que con el Estado Social de Derecho debe primar el derecho sustancial del procesal, puesto que el derecho procesal responde a un medio para lograr una efectiva protección de los derechos sustanciales, por consiguiente la Corte Constitucional al emitir este tipo de argumentos con el fin de negar derechos fundamentales, como lo son los de carácter laboral y de seguridad social, estaría siendo incongruente con las bases de un Estado Social de Derecho. La sala estuvo integrada por Alejandro Linares Cantillo, Diana Fajardo Rivera, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos.

✓ Sentencia SU 079 de 2018

Por último, nos encontramos con la presente sentencia que viene a zanjar las controversias que se venían discutiendo, en sala plena conformada por los magistrados Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y como magistrado ponente el Sr. José Fernando Reyes Cuartas, quien toma una posición conservadora. Así, en contraste con lo anterior, se evidencia que el magistrado ponente toma una posición ideológica conservadora pudiéndose ubicar en un juez activista restringido, según la clasificación establecida por Kennedy (2010), pues simplemente toman una interpretación exegética de la norma, sin tener en cuenta que se deben regir a lo establecido en los principios constitucionales.

Sustento fáctico y jurídico de la clasificación realizada a los magistrados en las categorías proporcionadas por Duncan Kennedy.

Para sustentar la clasificación de jueces dados por Kennedy en su libro, se eligieron otras sentencias donde los mismos magistrados hubieran tomado la misma postura ya sea de juez activista restringido, juez mediador o juez bipolar, haciendo con ello, una investigación más sólida, permitiendo apoyar la línea ideológica a la que se clasificó a los magistrados.

Así, se propone comparar las decisiones de los magistrados en otros temas controversiales donde se puede visualizar claramente la línea a la que están predispuestos a tomar cada juez en sus decisiones de acuerdo con su inclinación ideológica.

1. Antonio Barrera Carbonell (Juez Activista Restringido Conservador)

El magistrado Antonio Barrera Carbonell es un magistrado marcadamente conservador, pues así lo demuestran los fallos en los cuales ha sido partícipe; muestra de ello es la sentencia SU 277 de 1993, en el cual se debatía si era procedente que un menor de edad que cursaba onceavo de bachillerato, el cual fue seleccionado para prestar servicio militar, se exonerara de la prestación del servicio militar, toda vez que había sido admitido en la Universidad Nacional para cursar estudios correspondientes a ingeniería de sistemas.

Por consiguiente, se puede determinar que el tema en tensión es el derecho a la educación y los deberes de orden constitucional por parte de los ciudadanos; frente a este caso resuelve la Corte que, según el acervo probatorio incorporado por los accionantes, no se colige que el accionante se encuentre en algunas de las causales de excepción legal y el hecho de que haya logrado ingresar al plantel educativo (Universidad Nacional) no es óbice para dejar de lado un deber de rango constitucional. Concluyendo así la Corte, que se debe negar el amparo solicitado por el accionante (Corte Constitucional, sala séptima de revisión. 2 de agosto de 2000, Sentencia T 990 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell)

De lo anterior, se puede dilucidar que el patrón decisional del magistrado en mención tiende a basarse en la ley, pues su interpretación es literal y exegética a lo establecido en la norma, así mismo ocurrió en el caso de las madres comunitarias frente a la existencia de contrato realidad desde su creación hasta la entrada en vigencia del art. 36 de la Ley 1607 de 2012. En consecuencia se puede afirmar que la clasificación hecha del magistrado Antonio Barrera Carbonell como un juez activista restringido conservador es válida, esto según los categóricos propuestos por Kennedy (2010).

2. Fabio Morón Díaz (Juez Activista Restringido Conservador)

Por su parte Fabio Morón Díaz, también ha sido conocido por sus fallos conservadores, pues así lo demuestra la Sentencia C 511 de 1994; en dicha sentencia la Corte resuelve los temas correspondientes a la constitucionalidad de la Ley 48 de 1993, ley que reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización, frente a los artículos 1, 2, 13, 15, 18, 22, 45, 95, 216, 217 y 218 de la Constitución Política, dado que afirma que la Constitución Política no impone la obligación de definir la situación militar, ni de inscribirse, ni de pertenecer a la fuerza pública, pues establece que solo por excepción todos debemos acudir a la defensa de la patria, siendo así las cosas, no era factible que el legislador impusiera la carga permanente en los ciudadanos de pertenecer a la fuerza pública.

A lo cual resuelve la Corte la declaratoria de exequibilidad de los artículos señalados de la Ley 48 de 1993, pues considera que los deberes constitucionales responden al principio de solidaridad social los cuales no se pueden entender como discriminatorios o limitantes de libertad. De modo que, podemos afirmar que Fabio Morón Díaz es un juez de características conservadoras, pues sus argumentos son tendientes a hacer interpretaciones legalistas y exegéticas de la ley. (Corte Constitucional, sala plena. 16 de noviembre de 1994. C 511 de 1994. M.P Fabio Morón Díaz.

Así mismo ocurrió en el caso de las madres comunitarias, por consiguiente, se clasificó como un juez activista restringido conservador, según la clasificación propuesta por Kennedy (2010).

3. Humberto Sierra Porto (Juez mediador)

Humberto Sierra Porto fue magistrado ponente en varios casos controversiales, uno de ellos es el choque entre la jurisdicción ordinaria colombiana y las jurisdicciones indígenas colombianas, muestra de ello es la sentencia T 236 de 2012; el gobernador y representante del resguardo indígena Nuestra Señora de la Candelaria, instauró acción de tutela contra la Corporación Autónoma Regional de Caldas, por considerar que esta entidad vulneró sus derechos a la diversidad étnica y cultural de la nación, toda vez que ciertos sujetos indígenas que estaban hurtando madera del resguardo fueron capturados por la jurisdicción ordinaria. Asegura el grupo indígena que los hechos se siguieron repitiendo a pesar de la captura, en consecuencia, las acciones desplegadas por dicha entidad no representan una garantía para ellos de no repetición.

Cabe recordar que la diversidad étnica de los pueblos indígenas es un derecho consagrado en la Constitución en los Arts. 1, 7 y 70. De otra parte, la República de Colombia está fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran. Por consiguiente, el problema jurídico planteado por la Corte Constitucional es si ¿La Corporación accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por el resguardo indígena al aplicar la norma que ordena la devolución y pago de una multa, desconociendo que fue hurtada en territorio de su jurisdicción por comuneros que pertenecen al resguardo? sentencia (Corte Constitucional, sala octava de revisión. 22 de marzo de 2012. T 236 de 2012. M.P María Victoria Calle Correa).

Para resolver el problema jurídico en la sentencia T 236 de 2012, el magistrado parte de la base de que la Constitución Nacional garantiza el derecho al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas basados en el respeto y dignidad de todos los habitantes del territorio; afirma que es imprescindible facilitar a los pueblos indígenas escenarios e instrumentos para el desarrollo de sus propias instituciones así como para que puedan presentar sus propias iniciativas y dotarlos de los recursos necesarios para tales efectos, es decir, proporcionarles los recursos suficientes para participar libre y autónomamente en la ejecución, control y evaluación de las medidas de orden legislativo o administrativo que puedan afectar sus intereses, de modo, que representen sus tradiciones, costumbres e instituciones.

Alude que la actuación efectuada por Corpocaldas está sustentada en las normas vigentes sobre el transporte de especies forestales sin salvoconducto, regulaciones amparadas en la ley 99 de 1993 y en el llamado Código Nacional de Recursos Naturales; también están demostrados los elementos esenciales de la procedencia de la aplicación indígena, pues la discusión versa sobre miembros de la comunidad indígena que ha llevado a cabo dichas conductas de extracción de ilegal de recursos naturales, por tal motivo, dichos hechos pueden ser objeto de control y vigilancia por parte de las autoridades del resguardo.

Concluye la Corte que la existencia de a una regulación por parte de la jurisdicción ordinaria no es argumento para que dicho proceso sea de conocimiento de la jurisdicción ordinaria pues sería una contravención al multiculturalismo, en consecuencia, interpreta el magistrado que es necesario crear mecanismos de coordinación entre autoridades indígenas y autoridades nacionales; de otra manera no se podría concretar la manifestación del pluralismo jurídico,

es decir, resuelve amparar los derechos de los accionantes; no obstante, deja en firme el procedimiento administrativo adelantado por la Corporación, pero a su vez reconoce la competencia de la autoridad indígena para ejercer jurisdicción sobre la conducta de sus miembros (Corte Constitucional, sala octava de revisión. 22 de marzo de 2012. T 236 de 2012. M.P Humberto Antonio Sierra Porto).

Como se ha mostrado, tanto en el caso de los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y los resguardos indígenas, como en el tema de la existencia contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF, la postura del magistrado Humberto Sierra Porto ha sido marcadamente mediadora, es decir, que según los categóricos propuestos por Kennedy (2010), el magistrado Humberto Sierra Porto es un juez mediador, toda vez que partiendo de lo pedido entre las partes toma una postura intermedia, sin acceder a la totalidad de las pretensiones de las partes.

4. María Victoria Calle Correa (Jueza mediadora)

María Victoria Calle, ha sido magistrada ponente en varios temas controversiales, como lo es el tema de la discriminación de las personas que pertenecen al grupo LGBT. Uno de los casos de discriminación a personas pertenecientes al grupo LGBT se encuentra contenido en la sentencia T-141 de 2017, donde el accionante señala que ha sido víctima de fuertes agresiones físicas y verbales por parte de sus vecinos debido a pertenecer al grupo LGBT. Asegura el accionante que esto se proporcionó con ayuda de fuerzas policiales, pues a su madre le ordenaron el retiro de unas plantas ornamentales que se encontraban ubicadas en el parqueadero de su vivienda y en dicho trámite policivo no tuvieron oportunidad para

defenderse; por tal motivo, considera vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad, diversidad sexual.

Por consiguiente, corresponde a la Corte determinar si existe alguna vulneración en los derechos fundamentales incoados por el accionante por las agresiones físicas y verbales suscitadas en el conjunto residencial donde reside.

La Corte resuelve que para el caso en cuestión se dan por probadas las actuaciones discriminatorias por parte de los vecinos contra el accionante debido a su orientación sexual, pues existen usos inapropiados del lenguaje; la Corte recuerda que existe una prohibición constitucional de establecer declaraciones de personas no gratas por parte de las juntas u órganos de administración de las propiedades horizontales, además del hecho que los actos discriminatorios se suscitan en los lugares comunes de la propiedad horizontal, lo cual da lugar al amparo constitucional, no obstante, para la Corte es improcedente frente a las acciones efectuadas por la Inspección Décima Urbana de Policía de Barranquilla, por existencia de cosa juzgada constitucional. (Corte Constitucional, sala primera de revisión. 07 de marzo de 2017. Sentencia T-141 de 2017. M.P María Victoria Calle Correa)

Concluyendo así la Corte amparar parcialmente lo solicitado por el accionante, ordenando a los accionados cesar cualquier acto de discriminación; en consecuencia, consideramos que la magistrada, tanto en este caso como en el caso de las madres comunitarias, se puede clasificar como una jueza mediadora, según los categóricos fijados por Kennedy (2010), pues accede de forma parcial a las solicitudes hechas por las partes.

5. Gloria Stella Ortiz (Jueza mediadora)

Por su parte, la magistrada Gloria Stella Ortiz ha sido magistrada ponente en varios controversiales donde la misma adopta una postura mediadora. Muestra de ello es la reciente sentencia SU 075 de 2018, donde la Corte Constitucional resolvió el alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada, en dicha sentencia se presenta un cambio de precedente frente a lo dicho en la Sentencia SU-070 de 2013. En la sentencia SU-070 de 2013 se había unificado los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de la Corte y sistematizaron las pautas normativas aplicables al asunto.

Es necesario recordar que en virtud del art. 43 de la Constitución Política las mujeres tienen derecho a gozar de especial protección y asistencia por parte del estado durante el embarazo. En consecuencia, existe un deber de carácter prestacional económico de otorgarles un subsidio cuando las mismas estén en estado de indefensión. Por ello las mujeres en estado de maternidad han sido objeto de discriminación de carácter laboral.

Por lo anterior, el estado ha tenido que tomar medidas para generar una igualdad en el área laboral para las mujeres trabajadoras en estado de maternidad. El fuero de maternidad que implica la prohibición de carácter general de que las mujeres sean despedidas por motivos de embarazo o lactancia, como garantía de ello, se necesita la autorización previa del inspector del trabajo. El fuero de maternidad se regula en el art, 239 y ss del C.S.T.

En esta sentencia, SU 075 de 2018, se analiza el alcance de la protección a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada. Para dicho análisis la

Corte acumula cierta cantidad de expedientes con el fin de determinar el alcance de la protección de la estabilidad laboral reforzada en diferentes tipos de vinculación laboral.

En dicha sentencia la Corte Constitucional determinó que el problema jurídico a resolver es determinar si ¿Las empresas privadas accionadas desconocieron los derechos fundamentales de las mujeres gestantes al terminar unilateralmente sus contratos de trabajo, aun cuando los empleadores afirman no haber conocido el estado de embarazo de las trabajadoras?

La magistrada ponente plantea que el conocimiento del empleador del estado de gestación puede determinar el grado de protección que debe brindarse, pues se plantea una protección integral completa y una protección más débil. El conocimiento del empleador puede darse por cualquier medio y puede probarse por cualquier medio.

Para la Corte lo que debe protegerse es la discriminación de la mujer en razón del estado de maternidad, en consecuencia, si el empleador no tenía conocimiento del mismo no puede determinarse que exista una conducta discriminatoria, generando así sobre costos para quien emplea mujeres, además de una desincentiva en la contratación de mujeres; concluyendo así la Corte que solo cuando se demuestra en el proceso que el empleador no conoce acerca del estado de gestación de la trabajadora no hay lugar a la estabilidad laboral reforzada pero cuando sí exista el conocimiento por parte del empleador si será procedente la estabilidad laboral reforzada (Corte Constitucional, sala plena. 24 de julio de 2018. SU 075 de 2018. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado).

En consecuencia, encontramos una postura intermedia según lo solicitado por cada una de las partes, con esto se sustenta que se haya clasificado a la magistrada Gloria Stella Ortiz como una jueza mediadora, según los categóricos propuestos por Kennedy (2010).

6. Luis Ernesto Vargas Silva (Juez mediador)

Dicho magistrado ha sido ponente en diferentes temas controversiales como lo es la reticencia en contrato de seguros. El contrato de seguros consiste en un acuerdo bilateral, oneroso, consensual, aleatorio y de ejecución sucesiva, que puede darse entre personas jurídicas y naturales, que busca asegurar trasladar el riesgo a un aseguradora, bien sea el deterioro, la pérdida o las obligaciones frente a cualquier riesgo que se pueda derivar sobre objetos o servicios que se presten a otras personas (Murcia & Rodriguez, 2002).

Así, según el Art. 1058 del Código de Comercio el tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado de riesgo, es decir, las circunstancias reales sobre el objeto asegurable pues la inexactitud sobre los hechos o circunstancias, toda vez que ocultar dicha información al asegurador lo priva de la libertad de elegir entre la aceptación o rechazo de la celebración del contrato de seguros, o del poder estipular condiciones más onerosas; en consecuencia, la reticencia o inexactitud de los hechos o circunstancias del objeto asegurable producen la nulidad relativa del seguro, es decir, que el riesgo queda en cabeza del tomador y no del asegurador.

Por consiguiente, el tema en tensión es si las aseguradoras deben verificar las inexactitudes o reticencias en que puede incurrir el tomador cuando realiza la declaración del riesgo teniendo como base el principio de buena fe en los contratos.

El magistrado Luis Ernesto Vargas Silva fue Magistrado Ponente de la Sentencia T 222 de 2014 tuvo que resolver ciertos casos relacionados a la reticencia en contrato de seguros. En el caso en cuestión la Corte Constitucional realiza una acumulación de expedientes por temas de analogía fáctica y jurídica (T-4143382, T-4148791, T-4143384); los expedientes acumulados tienen en común que los accionantes adquirieron créditos con entidades financieras, los cuales estaban respaldados por contratos de seguro suscritos con diferentes aseguradoras; estas garantías operarían por muerte o pérdida de capacidad laboral en porcentaje mayor al 50%. Efectivamente, por distintas causas, los peticionarios fueron calificados con invalidez y, pese a ello, las aseguradoras se negaron a pagar la póliza de los seguros argumentando que la enfermedad adquirida fue anterior a la celebración del contrato.

En el primer caso el accionante es calificado con una pérdida de capacidad del (50.07%) por Administradora del Fondo de Pensiones; en el segundo caso, el accionante fue calificado con una pérdida de capacidad de (95.45%); en el tercer caso, el accionante fue calificado con una pérdida de capacidad del (95.03%) por enfermedad común; en todos los tres casos las aseguradoras alegaron preexistencia de circunstancias que no fueron declaradas al momento de asegurar el riesgo.

La Corte Constitucional en la sentencia T 222 de 2014 determinó que el problema jurídico a resolver es si ¿Existe vulneración de los derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital de los deudores de un crédito, por la decisión de una aseguradora de negarse a pagar la póliza del seguro de vida por el riesgo de invalidez, argumentando que la enfermedad causante de la pérdida de capacidad laboral fue adquirida antes de la celebración del contrato de seguro?

El magistrado plantea lo ya dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se acepta la teoría de interpretar de forma literal el art. 1058 del Código de Comercio, es decir, que en dado caso exista una alguna inexactitud o reticencia al momento de declarar el estado del riesgo del objeto asegurable, debe operar la nulidad relativa del contrato, toda vez que la mala fe de los contratantes debe ser castigada; sin embargo, resalta que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional es deber de las aseguradoras probar la mala fe del tomador al no declarar el riesgo completo sobre el objeto asegurable, en consecuencia, afirma que las aseguradoras deben ser diligentes y verificar la información suministrada por los tomadores al momento de la declaración, si ello era posible dentro de sus facultades (Corte Constitucional, sala novena de revisión. 02 de abril de 2014. T 222 de 2014. M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

En consecuencia, si bien el magistrado interpreta de forma favorable para los accionantes los hechos relacionados en el caso, el mismo no accede de manera completa a las pretensiones de los accionantes, pues ordena suspender el cobro efectuado por las aseguradoras en un término de (4) meses hasta que un Juzgado Civil se pronuncie sobre los determinados hechos.

En conclusión, de lo anteriormente resuelto, podemos inferir que el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva tiene un perfil de Juez mediador, según los tipos de jueces desarrollador por (Kennedy, 2010), toda vez que a partir de lo dicho por cada una de las partes generó una posición intermedia, tanto en el caso de la reticencia de contrato de seguros como en el tema de la existencia contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF, desde la creación del programa hasta la entrada en vigencia del art. 36 de la Ley 1607 de 2012.

7. Alberto Rojas Ríos (Juez Activista Restringido Liberal)

El magistrado Alberto Rojas Ríos ha sido ponente en diferentes fallos de gran trascendencia en el campo constitucional. Muestra de ello es la sentencia T 006 2018, donde se resuelve el caso de una tutela interpuesta contra una providencia judicial en proceso de restitución internacional de un menor a su país de origen, pues su madre es de origen colombiano y su padre está radicado en Argentina.

El problema jurídico planteado por la corte es determinar si ¿Vulnera el derecho fundamental al debido proceso de la menor V.I.L la sentencia del 10 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala Civil-Familia, dentro del proceso de restitución internacional de menor, por la configuración de un defecto fáctico al no valorar en debida forma las pruebas, las cuales establecen que la separación de su madre puede afectar su desarrollo armónico e integral y que el ambiente en el que viviría podría lesionar su integridad y seguridad personal, poniéndola en riesgo grave o intolerable? (Corte Constitucional, sala novena de revisión. 26 de enero de 2018sentencia T 006 2018. M.P Alberto Rojas Ríos).

A lo cual se interpreta por parte de la Corte en la sentencia T 006 2018, que no se puede dejar de lado el arraigo que tiene la menor al entorno actual en el que se encuentra, además del fuerte vínculo afectivo hacia su madre; añade que el retorno de la menor a Argentina representa un riesgo para su bienestar psicológico y emocional por el desprendimiento de su entorno actual y resalta que en el expediente residen denuncias de la madre hacia el padre por cuestiones de maltrato familiar, lo cual, según la Corte, representa un riesgo para la menor

de carácter emocional, social y cognitivo; en consecuencia, la Corte concluye que el Tribunal Superior de Distrito judicial hizo una valoración inadecuada de las pruebas allegadas al expediente, toda vez que no se tuvo en cuenta las dificultades que podría tener la menor al ser restituida.

Concluyendo así que dicha sentencia omite la obligación de aplicar el interés superior del menor, por consiguiente, ordena amparar los derechos fundamentales abogados por la accionante y, en consecuencia, negar el reintegro de la menor al país argentino. No obstante, encarga al ICBF que adelante todas las labores de seguimiento necesarias para garantizar la efectiva protección de los derechos de la menor.

Cabe puntualizar que tanto en esta sentencia como en las que se hizo partícipe el magistrado Alberto Rojas Ríos en el caso de madres comunitarias, se percibe una postura garantista frente a las partes procesales que se encuentran en estado de indefensión o de debilidad manifiesta. Por ende, se clasificó al magistrado Alberto Rojas Ríos como un Juez Activista Restringido Liberal, según los categóricos de Kennedy (2010), pues aúna esfuerzos jurídicos con el fin de elaborar una interpretación jurídica diferente, en este caso, para generar avances jurídicos en pro de la defensa de los menos favorecidos.

8. Fernando Reyes Cuartas (Juez Activista Restringido Conservador).

Uno de los temas más polémicos ha sido la penalización del maltrato animal en la legislación colombiana, en consecuencia, un grupo de ciudadanos interpusieron una acción de inconstitucionalidad, Sentencia C-041 de 2017, contra el art. 5 de la ley 1774 de 2016, pues afirman que no es claro el legislador en las palabras “que menoscaben gravemente” pues no

se puede determinar cuando la actividad de maltratar un animal resulta gravosa. En dicha sentencia la Corte resuelve declarar la exequibilidad de término “que menoscaben gravemente” y declara la inexequibilidad del párrafo 3, del art. 5 de la Ley 1774 de 2016 donde se hacía la excepción de penalizar a quienes ejercieran corridas de toros, coleo, etc. En consecuencia, difirió la ejecutoria de la inexequibilidad de dicho párrafo por un término de (2) años con el fin de no generar traumatismos en el ordenamiento jurídico.

Posteriormente, un grupo de ciudadanos presentaron la solicitud de nulidad de la sentencia C-041 de 2017, por diferentes razones tanto formales como materiales. En primer lugar, alegan que en la sentencia C-041 de 2017, la Corte no atiende el precedente judicial (C- 666 de 2010, C-889 de 2012 y el Auto 025 de 2015). En segundo lugar, vulnera la garantía de la cosa juzgada constitucional al extender jurisprudencialmente un tipo penal a conductas no contempladas por el legislador. En tercer lugar, la inobservancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En el Auto 547 de 2018 se da solución a la solicitud de nulidad interpuesta, en dicho auto el magistrado ponente es Fernando Reyes Cuartas. Frente al cargo de la violación de la cosa juzgada constitucional por el desconocimiento del precedente judicial, parte la Corte de la base que le asiste razón a los accionantes en establecer que hay identidad en el objeto de las sentencias señaladas como precedente judicial y la sentencia en cuestión, en consecuencia, considera la Corte que en la sentencia C 041 de 2017 en donde se declaró inconstitucional el párrafo 3 del art.5 de la Ley 1774 de 2016 se produjo una violación de la cosa juzgada formal ya que en sentencias constitucionales previas se declaraba de manera condicionada el mismo contenido normativo; concluyendo así que comparecen las razones para anular el

fallo C 041 de 2017. Frente a los demás cargos aducidos por los accionantes, los declara improcedentes.

Por lo anteriormente expuesto, resuelve la Corte declarar la nulidad del numeral segundo de la sentencia C 041 de 2017 por la violación de la cosa juzgada; este fallo implica un retroceso en la punibilidad del maltrato animal, pues permite que siga generando dicho maltrato, pero en casos excepcionales pues implican expresiones culturales; con el resuelve del Auto 547 de 2018, encontramos que el magistrado Fernando Reyes Cuartas se puede clasificar como un Juez Activista Restringido Conservador, según la clasificación de Kennedy, pues utiliza todo un esfuerzo jurídico de carácter formalista para mantener una postura conservadora, así como sucede en el caso de las madres comunitarias frente a la existencia de un contrato realidad entre las mismas y el ICBF.

Resultados del análisis

Ahora bien, es posible que los jueces permeen los fallos judiciales (Kennedy, 2010) porque como bien lo afirman Kelsen y Hart, la norma está sujeta a interpretación como un área o espacio que tiene dos partes: Para Hart (1961), hay un núcleo de certeza y una penumbra de duda, también llamada margen de vaguedad; para (Kelsen, 1960), hay un marco que abarca varias posibilidades de aplicación, lo cual permite establecer que, por más que los positivistas buscarán probar que el derecho es una ciencia exacta y en consecuencia siempre existirá una respuesta correcta a cada caso, fue debilitada con el paso del tiempo, pues tuvieron que reconocer que en todo caso, y más en los casos difíciles, siempre habrá una zona de penumbra y duda que facilita a los jueces dar un aporte interpretativo pero, para ellos, el juez siempre

obrará de buena fe haciendo buen uso del marco jurídico, pues las normas están determinadas y dentro del marco hay interpretaciones alternativas entre las cuales el juez debe elegir ya sea creando derecho o equilibrando intereses.

Aplicando las anteriores categorías de análisis a la realidad, encontramos que la interpretación de los jueces de buena fe no es acorde con la realidad, pues estas zonas de penumbra del marco jurídico en los casos difíciles han sido utilizadas con el fin de beneficiar los intereses o preferencias ideológicas de los jueces, como es el caso de las madres comunitarias.

Kennedy (2010) también aborda los efectos que tienen en el mundo jurídico las decisiones judiciales que manejan un contenido altamente ideológico, pues es visible cómo las ideologías de los jueces ingresan en la creación de derecho, dado que al momento de aplicación de las normas a ciertos casos es evidente que en muchos de ellos existen zonas de penumbras y duda, aún más en los casos difíciles como los denomina (Hart, 1961), y en ese momento al interpretar el marco normativo y proferir sus fallos, el juez termina en últimas creando Derecho, pues da el sentido que quiere a la norma.

En consecuencia, cree que solo existe una mediana solución que permite realizar una restricción judicial a las influencias ideológicas de aquellos jueces y esta es el constitucionalismo, pues si bien su fuerza vinculante al momento de realizar una interpretación jurídica por parte de un juez es débil, de igual forma los jueces siguen constreñidos a la Constitución Política; pero en últimas, para Kennedy, el constitucionalismo no deja de basarse más que en cláusulas generales, donde lo vinculante resulta siendo los

valores fundamentales de la sociedad. En el caso de las madres comunitarias, el principio de primacía de la realidad sobre las formas, el principio de la igualdad, la equidad, la protección a los seres de especial protección, etc., llevarían a una respuesta diferente a la proporcionada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 079 de 2018.

En conclusión, Kennedy considera que la ideología en las decisiones judiciales son de gran importancia para el desarrollo y avance del derecho en la sociedad, avance que se da entre el marco de la Constitución como una restricción a sus decisiones y que la ocultación de la ideología, es aceptada por la comunidad jurídica debido a que los constructores del derecho quieren mantener la imagen neutral del juez, pues es símbolo de la imparcialidad, buscando preservar dicho símbolo, compensando la imagen incoherente de la vida cotidiana, manteniéndose simplemente porque nosotros queremos creer que es cierta.

Carole Pateman. La crítica feminista a la teoría clásica de la democracia:

La teoría planteada por Pateman se relaciona de manera directa con las circunstancias que han vivido las mujeres en el ámbito político y social, pues ha sido la causa de que la discriminación a la mujer, por el hecho de serlo haya persistido y que actualmente siga existiendo en algunas partes del mundo.

En el caso de las madres comunitarias, a pesar de que en nuestro Estado es un Estado Social de Derecho y democrático, el mercado capitalista permite que algunos ciudadanos queden privados de la participación social y así mismo desprovistos de la posibilidad de mejorar su situación a través de los mecanismos como la representación, voto y acciones judiciales.

Según el Convenio Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, se configura discriminación en contra de la mujer cuando existe una exclusión, distinción o restricción basada en el sexo y obliga a los Estados parte a condenar la discriminación de la mujer en todas sus formas. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 1979)

No obstante la discriminación de género no es un tema nuevo, pues como bien lo señala Pateman (2014) ha hecho parte de la esfera pública y privada de la mujer, Pateman inicia su discurso recordando que la libertad e igualdad de derechos que se predicaba en los Siglos VIII y XIX era únicamente para los hombres, solo para un género, solo eran ellos quienes necesitaban ser libres e iguales ante la ley, es más, en muchas de las Constituciones latinoamericanas ni siquiera se hacía la salvedad de que los derechos que predicaban dichas constituciones era únicamente para varones, pues se sobreentendía.

Pateman con este escrito, hace evidente que la mujer ha sido, a lo largo de la historia, invisible a la luz de la democracia, en consecuencia, busca escudriñar el verdadero significado de “ciudadanía” a lo largo de la historia, por eso vuelve su mirada a los autores del término democracia, pero para llevar a cabo tal estudio realiza una diferenciación de las relaciones o posiciones que ocupa la mujer tanto en la esfera pública como en la privada.

Con el concepto de ciudadanía, Locke desarrolla el concepto de legitimidad del gobierno, la legitimidad abordada a partir del derecho al sufragio, pues corresponde a la ciudadanía elegir sus dirigentes bien sea de forma directa o indirecta, se habla de una modalidad directa para aquellos que racionalmente pueden hacerlo y de manera indirecta, haciendo referencia a la

mujer, es la aceptación del voto del varón, pues se considera que la mujer acepta lo dicho por el varón al momento de contraer matrimonio. (Pateman, 2014)

John Locke mantiene la teoría de que la base legitimadora del gobierno es el consentimiento, pero, en varios de sus escritos, afirma que no todos los seres humanos adultos son racionales, en consecuencia, si bien Locke no habla específicamente de la mujer se puede concluir que hace alusión a ella, por ello la mujer a lo largo de la historia fue considerada inexistente en la esfera pública. Pateman agrega que Locke, con dicha teoría de debilidad racional, pudo sostener la idea de que los seres humanos no tenemos iguales derechos en virtud de que no somos seres iguales y en consecuencia el trato debe ser desigual.

Ella concluye que, frente a la esfera pública la posición de la mujer era inexistente pues se creía que su racionalidad era limitada frente a la del varón, además se predicaba que la mujer se dejaba llevar por sus pasiones y todo ello no la haría apta para estar en algo tan trascendental como lo era la esfera pública.

En segundo lugar, aborda la posición de la mujer en la esfera privada y para ello parte del concepto de familia; la familia es considerada para Locke y Rousseau como la primera asociación humana, consideran que es la más antigua de todas las instituciones y es considerada como el origen de la sociedad; dentro del concepto de familia se presupone que es el varón el encargado de dirigir el hogar, pues se considera que es el más capaz por su fuerza y racionalidad. Rousseau, considera que la mujer es un peligro latente y puede llegar a generar problemas de carácter político y social pero aun así era la mujer la encargada de la crianza y cuidado de los niños.

Wollstonecraft, es una de las escritoras críticas de la época, quien realiza ciertas reflexiones, ella señala que no todo necesariamente requiere ser racionalizado, sino que por el contrario las pasiones deben tener algún propósito en la vida del ser humano, debe tener el fin de mejorar su naturaleza, en consecuencia, se evidencia una fuerte crítica al racionalismo de la época. Así mismo, afirma que lo dicho por Rousseau, que la mujer debía solo ser educada para agradar al hombre, no debía ser del todo cierto, pues, dado que la mujer es la encargada de la atención y cuidado de los menores del hogar, la misma debería ser educada para que así mismo pudiera educar a sus hijos. (Pateman, 2014)

Fue la educación el elemento crucial en la redención de historia de la mujer, pues mediante dichos instrumentos se terminó destruyendo el argumento de que la mujer no debía estar en la esfera pública por su debilidad racional, además de generar la posibilidad de permitirle ser independiente económicamente. (Pateman, 2014)

En conclusión, Pateman considera que aún falta realizar una crítica frontal a la posición que ocupa la mujer en la esfera privada, pues a la fecha sigue siendo la encargada del cuidado y atención de los menores del hogar.

Aplicando dichas categorías teóricas al caso en concreto, no es un secreto que Colombia es un país en el cual existe desigualdad de género en varias áreas de la sociedad, como lo es la participación en política, laboral, etc. Lo anterior lo demuestra las estadísticas proporcionadas por el DANE donde se ilustra que para el periodo de noviembre de 2018 a enero de 2019 se registró una tasa de desempleo de un 14% para las mujeres y para los hombres de un 7,8%, lo cual implica que en la realidad sigue siendo un grupo altamente discriminado (Departamento Nacional de Estadísticas. (2018); <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo>).

Cabe agregar que gran parte de las mujeres en Colombia que se encuentran laborando se dedican a empleos domésticos, pues del 100% de las personas que se dedican al trabajo doméstico, para el 2015 el 94,6% son mujeres, mientras que el 5.4% son hombres, conforme lo revelan las estadísticas del DANE, es decir que el monopolio del trabajo doméstico es asumido por las mujeres (Departamento Nacional de Estadísticas. (2018); <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/estadisticas-de-genero#datos-relevantes>).

Para el caso en cuestión podemos dilucidar que la obligación de pagar los aportes al sistema de seguridad social y pagar un salario mínimo, es para todas las relaciones de carácter laboral sin discriminar el sexo del trabajador; en el caso de las madres comunitarias, la Corte Constitucional en algunos de sus fallos fue enfática en demostrar la existencia de cada uno de los elementos de la relación laboral, consagrados en el art.23 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales son la *prestación personal* del servicio por parte del trabajador, la continuada *subordinación o dependencia* por parte del trabajador y un *salario como retribución* por el servicio prestado.

Esto fue aplicado al caso de las madres comunitarias y se encontró que sí había una prestación personal del servicio, pues en cada hogar comunitario había una madre comunitaria a cargo, la cual no podía suspender sus actividades sin una justificación válida, de lo contrario sería objeto de sanciones por parte del ICBF; existe un elemento de subordinación, pues en dado caso que las madres comunitarias no cumplan con los lineamientos definidos por el ICBF serán objeto de suspensión temporal o definitiva; también se configura el elemento de retribución por el servicio prestado, pues muchas de ellas se sostenían con el monto de dinero

proporcionado por el ICBF denominado como una BECA (Corte Constitucional, sala octava de revisión. 01 de septiembre de 2016. T 480 de 2016. M.P Alberto Rojas Ríos).

Por consiguiente podemos concluir que en el caso de las madres comunitarias, existe una discriminación en razón al sexo por parte del Estado a las madres comunitarias, siendo más gravoso el hecho de que es un acto discriminatorio continuado, pues se ha mantenido con el paso del tiempo, además de sistemático pues se dio mediante diferentes actos por parte del Estado, lo anterior tiene relación con la teoría de Kennedy (2010), pues se hace evidente que muchos de los magistrados de la honorable Corte Constitucional profirieron diferentes fallos con apariencia de legalidad y lenguaje de neutralidad, en el caso de las madres comunitarias, cuando en realidad dichos fallos estaban viciados por sus propios intereses o ideologías, entre ellos la discriminación de género.

Nancy Fraser:

En el caso de las madres comunitarias encajan en un grupo de personas clasificadas por el género, cuyo problema ha abarcado tanto injusticias de reconocimiento como de redistribución, lo que nos permite identificar los problemas culturales y sociales que actualmente se da en la labor de cuidado; las injusticias de reconocimiento se evidencian en que históricamente siempre la mujer ha tenido a carga las labores domésticas, y consecuentemente ningún reconocimiento en el ámbito económico y económico que han afectado la redistribución, por ello, de tal forma que la mujer queda confinada a que no sean remunerados por ser “solo su obligación” o remunerados desde el momento de ingreso de la mujer al mercado laboral, cuya remuneración era y sigue siendo ínfima e inigualitaria debido a la estigmatización de las labores ya sean o no de cuidado.

Esta autora, primeramente, va a realizar un análisis de los dilemas en torno a la justicia que se presentan en el postsocialismo, siendo éstos el de *distribución* y el de *reconocimiento*. Fraser explica que el concepto de justicia ha pasado de enfocarse en la distribución a concebirse desde el reconocimiento.

La autora inicia diferenciando las concepciones de injusticias; así, la injusticia socioeconómica está anclada en la estructura político-económica de la sociedad; las económicas son las injusticias incluyen las explotaciones, la marginación económica y la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna; la injusticia políticas son por lo general la cultural o simbólica está arraigada en los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación, a través del no reconocimiento y el irrespeto, por lo que concluye que la diferenciación entre éstas dos es puramente analítica, pues realmente se encuentran difundidas en la sociedad y entrecruzadas en la realidad, en razón a que las prácticas culturales están atadas a bases materiales o económicas; un ejemplo que establece Fraser es que las normas culturales injustamente parcializadas en contra de algunos están institucionalizadas en la economía y el Estado, y las desventajas económicas impiden la participación igualitaria en la construcción de la cultura, constituyéndose un círculo vicioso (Fraser, 1997, Pág. 23).

El problema que surge, al intentar unir las soluciones de las estructuras económicas y culturales, es que a primera vista resultan contradiciéndose pueden complementarse porque la redistribución busca socavar las diferencias y el reconocimiento busca promover la diferenciación, para lo que va aplicar a esas injusticias concepciones alternativas **afirmativas** y **transformativas**, siendo las afirmativas aquellas que están dirigidas a corregir los

resultados inequitativos de los acuerdos sociales, sin afectar el marco general que los origina, revaluando las identidades de grupo devaluada mediante el multiculturalismo, éstas han sido asociadas al Estado liberal benefactor por dejar intacta la estructura político-económico buscando solo el aumento de consumo de los grupos desaventajados económicamente; y las soluciones transformativas, aquellas soluciones dirigidas a corregir resultados inequitativos mediante la reestructuración del marco que los origina, asociados a la deconstrucción y al socialismo, quien aplica cada una de estas soluciones a grupos que son explotados, sexualidades menospreciadas y colectividades bivalentes, las primeras son aquellas como referentes a la clase o a la sexualidad (clase trabajadora y los gays o lesbianas), y los bivalentes son aquellos referentes al género y la raza (llamados bivalentes porque está implicado tanto la política de redistribución y la de reconocimiento), pues se enfrentan a ambas soluciones, a las político-económico y las culturales-valorativas. (Fraser, 1997, Pág. 20)

Para la solucionar el conflicto alrededor de la justicia se plantea que es necesario entrelazar tanto la redistribución como el reconocimiento, ya que muchas veces el reconocimiento cultural conlleva a que haya una igualdad social, como igualmente las desventajas económicas a un irrespeto cultural (injusticias culturales e injusticias sociales).

Concluye que el único proyecto que supone un juego de suma cero es aquellos que buscan transformar las estructuras políticas y culturales capaces de hacer justicia a todas las luchas actuales contra la injusticia; plantea la autora que los esfuerzos hechos hasta ahora para reparar las injusticias mediante la combinación de Estado liberal benefactor y multiculturalismo central generan perversos efectos, pudiendo satisfacer únicamente los requisitos de la justicia mediante las concepciones alternativas, pues son necesarias las

coaliciones debido a los antagonismos sociales hoy vividos y la fragmentación de los movimientos sociales. (Fraser, 1997, Pág. 45)

En el capítulo seguido analiza la crisis del Estado benefactor del antiguo orden industrial de género y que propone una nueva fase postindustrial, debido a que actualmente dichos Estados se basan en suposiciones sobre género anticuadas respecto de las vidas de las personas y de su comprensión, siendo éste el ideal de salario familiar, pues anteriormente las familias estaban organizadas en familias nucleares heterosexuales, encabezados por un hombre, cuyo principal fuente de ingreso era la del hombre; este ideal estaba incrustado en la mayoría de los Estados Benefactores de la era industrial, las cuales contaban con tres niveles de programas como la de seguridad social, el segundo era un apoyo a las mujeres para que se dedicaran a cuidado del hogar e hijos y el segundo eran programas dirigidos al residuo que consistían en la asistencia social para los pobres que no se ajustaran a los programas de ayuda honorable por no hacer parte de un escenario de salario familiar. (Fraser, 1997, Pág. 57)

Según Fraser, la crisis del antiguo orden industrial de género que se da actualmente en los mercados laborales del capitalismo postindustrial se da porque las familias postindustriales no son muy convencionales y por el contrario son diversas, y son muy pocos los empleos bien remunerados que no ofrecen los beneficios estándar, un ejemplo que expone la autora es el aumento de divorcios entre parejas heterosexuales, las nuevas formas de relaciones homosexuales, y las familias monoparentales.

Para solucionarlo este problema, Fraser propone un orden de género basado en la equidad de género, denominado la equidad de género como una noción compleja que comprende una pluralidad de principios normativos como la antipobreza, la anti-explotación, la igualdad de

ingreso, la igualdad de tiempo libre, la igualdad de respeto, la anti-marginación, la anti-androcentrismo, las cuales las identifica en dos modelos, el del proveedor universal y el de paridad del cuidador, ésta concluye que la única forma de llegar a la equidad de género en un Estado benefactor postindustrial es que se deconstruya el género, mediante lo que ella propone como un tercer modelo “cuidador universal”, consistente en deconstruir la división existente del trabajo según el género, reduciendo la importancia del género como principio estructural de la organización social. (Fraser, 1997, Pág. 90)

Recapitulando, analizaremos lo planteado por Fraser (1997), ya observado anteriormente con el caso de las madres comunitarias, de esta manera, evidenciamos que la propuesta de aplicar los dos condiciones del postsocialismo para luchar por la justicia, la redistribución y reconocimiento junto con la deconstrucción de la palabra género en el Estado benefactor para llegar a lograr una equidad de género, es realmente necesario para la sociedad actual, debido a que las luchas que se viven ahora por el reconocimiento en ciertos grupos de la sociedad tienen lugar en personas con grandes desigualdades materiales como es el trabajo remunerado, educación, salud, recreación.

Así, para Nancy las desventajas económicas y el irrespeto cultural deben conectarse debido a las exigencias de nuestro tiempo en razón a que hay ejes de injusticias que son simultáneamente culturales y socioeconómicos (bivalentes), como es el género y la raza ya que en la realidad las injusticias económicas y la cultural se entrecruzan, pues las prácticas culturales político-económico están atadas a las bases materiales, provocando que las desventajas económicas impidan participar igualitariamente en la edificación de la cultura. (Fraser, 1997, Pág. 26)

El artículo 44 de la Constitución Política establece que la obligación de asistencia y protección a los niños pertenece a la familia, a la sociedad y al Estado; en la creación del programa de madres comunitarias se determinó que las labores de las madres comunitarias debían ser voluntarias, pues no constituía ningún tipo de relación laboral, al ser culturalmente “su obligación”, inclinando la balanza ésta obligación de la familia y a la sociedad, indirectamente solo a la mujer, junto con su pírrica remuneración al estar estigmatizada éste tipo de labores provoca un grave problema, pues muchas de las mujeres dedicadas a estas labores son quienes proveen el sustento de la familia, ya que en la actualidad los núcleos familiares no están compuestos como anteriormente lo estaba, de acuerdo al viejo orden de género planteado hace unos años, conforme lo señala Fraser, las familias ahora no están compuestas por el padre y la madre, sino por mujeres cabeza de hogar y/o hermanos/as y parejas homosexuales.

Fraser hace alusión a que el orden de género viene de la era industrial del capitalismo proveniente de un ideal denominado “el salario familiar” lo que ha provocado que muchas familias no se enmarquen en este patrón y por lo tanto no puedan acceder a empleos lo suficientemente remunerados ya que éstos están dirigidos a ciertas personas; Así, muchos empleos dirigidos a mujeres no tienen los beneficios básicos, como las garantías del reconocimiento de un salario mínimo y la seguridad social.

Como ejemplo, tenemos las labores de las madres comunitarias, a quienes en un inicio no se le reconocía una remuneración como salario, que era llamado “beca” inferior a un salario mínimo; también a éstas medianamente se le garantizó el derecho a la seguridad social hasta el año 1993, con la Ley 100 de 1993 en cuestión de pensiones, posteriormente con Acuerdo 21 de 1996 y la Ley 509 de 1999 en seguridad social en salud. Con respecto a la seguridad

social en riesgos laborales se estableció hasta en el 2010, con el Plan Nacional de Desarrollo de 2010-2014.

Así, podemos evidenciar que no ha existido y no existe una equidad de género, además de que la propuesta de Fraser sobre la deconstrucción del género en el modelo de Estado es compleja, pues como lo decimos desde un inicio, tiene relación tanto en el aspecto cultural (reconocimiento) y en el aspecto económico (redistribución), concepto desarrollado por Fraser.

Así, es necesario exponer las dos concepciones feministas postindustriales que Fraser expone en su libro *Iustitia Interrupta* (1997) que se han planteado para poder llegar a la equidad de género, que son: Proveedor Universal y Paridad del Cuidador, donde va concluir que dichos conceptos no promueven realmente la participación igualitaria las mujeres en la política y la sociedad civil, por lo que crea una tercer alternativa, fusionando las dos anteriores y eliminando las peores características de éstas dos, creándose el Cuidador Universal.

El Proveedor Universal busca universalizar la función de proveedor, mediante la promoción de empleo femenino de tal forma que la mujer sea además de ciudadano, también trabajador, creando capacitaciones de empleos mediante la liberación de las responsabilidades no remuneradas, para que las mujeres puedan obtener un trabajo de tiempo completo y así eliminar la discriminación por sexo y por acoso sexual, donde haya un cambio del imaginario cultural y que con ello los hombres acepten dicho rol de la mujer en la sociedad; el trabajo de cuidado se trasladaría al mercado y al Estado, realizados por trabajadores asalariados, sin embargo este trabajo de cuidado institucional sigue siendo mal remunerado y estigmatizado, pues los que realizan dichos trabajos son las mujeres, los inmigrantes, Fraser va a llamarlos trabajos feminizados y racializados; proponiendo que dichos trabajos dejen de ser

secundarios y pasen a ser primarios y sean remunerados como salarios de proveedor. Este concepto en ultimas, resulta siendo insuficiente pues crear empleos buenos para sostener una familia es casi imposible por el modelo post industrial actual que impide que se cree estos tipos de trabajo, en razón a que el empleo es inestable, como lo cita Fraser, “obreros desechables” (Fraser, 1997, Pág. 76).

El concepto de paridad de cuidador, tiene como objetivo promover la equidad de género principalmente mediante el “apoyo del trabajo informal de cuidado”, a través de capacitación a las mujeres que tienen deberes domésticos para sostenerse a sí mismas y a su familia, permitiéndoles conseguir trabajos de medio tiempo o completo, Fraser dice que lo que busca éste concepto es que las diferencias no tengan costo (1997), elevando la actividad de cuidado domestico con la del remunerado, para que puedan gozar de manera equitativa del bienestar. La forma en como garantizan que la actividad de cuidador no tenga costo es mediante los programas de mesadas suficientemente generosas para que cuidador pueda equipararse al salario de un proveedor y permitir que en los casos en que el cuidador pueda trabajar medio tiempo, teniendo la posibilidad combinar el trabajo con el cuidado, junto con todos los beneficios de un trabajador normal, que son la seguridad social, protección al desempleo, incapacidad y retiro.

(Fraser, 1997, Pág. 80)

Ahora, como hay poca probabilidad que se materialice las dos anteriores teorías, además de que no solucionan el problema de igualdad entre las mujeres y los hombres (equidad de género), Fraser (1997) propone un concepto, tomando las mejores características de las dos

anteriores, la cual va a llamar Cuidador Universal, que tiene como objetivo hacer que los patrones de vida de las mujeres se universalicen, convirtiéndose en “norma para todos”.

Los hombres como las mujeres deben combinar el rol de cuidador y proveedor, donde todos los trabajos estén diseñados para los cuidadores; el cuidado además de ser financiado en parte por el Estado también es financiado igualmente con el trabajo remunerado en lo que llama la autora un sistema de seguridad social único, y otra parte sería ejercido por las familias y la sociedad civil, que no tienen que ser familias tradicionales, podrán estar conformada por homosexuales y monoparentales, entre otras; eliminando el género en las actividades de cuidado y los roles de proveedor y cuidador, *deconstruyendo el género* en las instituciones burocráticas institucionalizadas públicos y los marcos íntimos del hogar.

Al Asimilarse el programa de madres comunitarias a los conceptos propuestos por Fraser (1997), las características que tiene de cada uno de los conceptos son las siguientes: En el de *paridad de cuidador*, las madres comunitarias se les daba una “mesada” que nunca fue digno, pues mucho tiempo no se les garantizó un salario mínimo que equivaliera a un trabajo distinto al de cuidador y tampoco se les garantizaba los derechos mínimos como es el de seguridad social; así, son insuficientes para las madres lograr iguales niveles de beneficios entre el trabajo de cuidado y el empleo, pues es evidente que el motivo por los que dichas garantías y derechos no se daban era simple y llanamente por ser actividades de cuidado realizadas por mujeres.

En cuanto al de proveedor universal, se asimilar en que las madres comunitarias hacen parte de un programa y dicho programa es administrado por el Estado, que busca mediante un modelo de guardería cuidar a los niños, sin embargo éste modelo también falla en lo mismo

que se encontró en orden de paridad de cuidador, pues no permite que se tenga igual tiempo libre ya que hay obligaciones domésticas que siguen quedando a las mujeres como el embarazo, emergencias familiares, además porque quienes prestan el servicio de guardería y entre otros servicios de trabajos domésticos siguen siendo mujeres marginándolas sólo a este tipo de trabajos. (Fraser, 1997, Pág. 73)

En conclusión, el programa de madres comunitarias ha sido una clara muestra en nuestra sociedad de la inequidad de género que ha existido, pues siempre se vulnera muchos derechos que son considerados fundamentales como el salario mínimo, la seguridad social, la igualdad entre otros, produciendo que la población femenina quede relegada, afectando tanto el reconocimiento como grupo femenino y además de eso del desarrollo económico. (Fraser, 1997, Pág. 88)

Para complementar lo planteado por las anteriores autoras, haremos alusión al artículo “El activismo burocrático y la vida mundana del Estado”(2015), pues hace un análisis profundo de la relación entre las madres comunitarias y el Estado, junto con el activismo burocrático donde la autora dice que es utilizado por las madres comunitarias para desarrollar y edificar las políticas públicas, así, lo que se establece en dicho artículo es que las madres comunitarias ejercen una función del Estado para las comunidades barriales, de esto resulta una combinación entre la actividad pública, pública porque es una política social creada por el Estado y privada porque se desarrolla en el ámbito de cuidado y la crianza que son íntimos e individualizados en principio a la familia, siendo la forma en cómo se distribuyen los bienes públicos como es el bienestar y la seguridad, llamando la relación y la interacción entre las

madres comunitarias y la población como “burocracia callejera”, pues interactúan con las poblaciones más vulnerables a nombre del Estado.

Concluyendo que la política pública de los hogares comunitarios de bienestar, que en principio se creó para el cuidado de la primera infancia, se ha dado una segunda función dirigida a las mujeres trabajadoras de clases bajas que no cuentan con ayuda de los quehaceres del cuidado, facilitando su inclusión en el mercado laboral, todo gracias al activismo burocrático; por esto mismo, se ha creado un conflicto entre la calidad de las madres comunitarias, ya que en dichos casos, las madres comunitarias eran la única presencia del Estado en la vida de dichas personas en estado de vulnerabilidad, y aunque cumpliera con su función social que le corresponde al Estado en el caso de las personas de bajos ingresos, a la madre comunitaria no se le cumplía con los mínimos derechos legales, utilizando el argumento de que la actividad de aquellas era simplemente “solidaridad privada”

(Buchely, 2015, Pág. 156).

2.4. Posible solución a los problemas jurídicos planteados de las madres comunitarias con base en la teoría de la argumentación de Robert Alexy.

Robert Alexy nació el 9 de septiembre de 1945 en Alemania, el cual ha sido uno de los más grandes escritores y catedráticos en el mundo jurídico, ha sido reconocido por sus grandes obras, entre ellas “La Teoría de la Argumentación” (2007) en la busca que los enunciados

normativos y los demás escritos jurídicos respondan en un alto porcentaje a la racionalidad, por ello busca plantear un procedimiento lógico.

Pero su discurso no termina allí, pues plantea lo que él denomina discurso práctico y discurso jurídico, pues busca verificar el adecuado funcionamiento de la actividad argumental. Parte de lo más básico de todo discurso y es el argumento, afirmando que es una manifestación del razonamiento humano, con razonamiento se refiere a un proceso lógico, del cual se hace uso de los silogismos; los silogismos jurídicos se componen de una proposición normativa la cual se toma como una premisa mayor, una proposición enunciativa tomada como situaciones particulares, lo anterior hace parte de las reglas básicas del discurso (Alexy, 2007).

Afirma que las decisiones judiciales responden, en primer lugar, a reglas y formas justificación interna, es decir, la justificación de las premisas mediante la interpretación que hacen los jueces que en últimas terminan siendo reformulaciones de las normas, también a la validez de las normas según las estipuladas en el derecho positivo, sumado a los enunciados empíricos que generalmente hacen los jueces en casos similares; en segundo lugar, a las reglas de justificación externa, las cuales responden a la aplicación de una norma jurídica a un problema jurídico en específico (Alexy, 2007).

Robert Alexy (2007), no es ingenuo y sabe que las reglas del discurso jurídico que presenta solo podrán cumplirse de forma limitada, pues los discursos jurídicos parten de las convicciones normativas de los participantes.

Por consiguiente, Alexy restringe aún más la convicción judicial de los jueces, imponiendo un sistema de principios, que sirven como restricción judicial a los jueces; él afirma que se puede establecer un orden débil y fuerte de principios, que permita su aplicación mediante la ponderación y no mediante un uso arbitrario. Este sistema se puede establecer mediante las siguientes reglas, en primer lugar, establecer un sistema de condiciones de prioridad, que permite dar solución a las colisiones que se pueda presentar entre los mismos. En segundo lugar, formular un sistema de condiciones de ponderación que parte de la base de que los principios son mandatos de optimización. (Alexy, 2007)

Concluye Alexy, que el procedimiento que se formula mediante los principios no alcanzará a generar una única respuesta, pero si, por lo menos, se alcanzará un mayor grado de racionalidad.

Haciendo uso del caso que nos ocupa de las madres comunitarias y dando aplicación al sistema de ponderación de principios propuesto por (Alexy, 2007), analizaremos lo siguiente:

Colombia es un Estado Social de Derecho, el cual se rige mediante ciertos principios de rango constitucional, en consecuencia, obligatoriamente todas las reglamentaciones de rangos inferiores no pueden ser contradictorias a los principios; uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho es la igualdad, consagrado en el Art.13 de la Constitución Política, y la prohibición a cualquier tipo de discriminación, la Corte Constitucional jurisprudencialmente lo ha desarrollado en áreas tan específicas como la igualdad de género, como lo hace en la sentencia T 247 de 2010, donde afirma que debe ser prohibida toda diferenciación basados en elementos innatos a los sujetos, como lo es el género, pues no es

un elemento manejado por las personas y quien pretenda alegar dicha diferenciación mostrar los intereses en la utilización de la misma. En la misma sentencia, la Corte señala que existe discriminación en el acceso a las oportunidades laborales debido al género y resulta siendo uno de los principales obstáculos para generar una igualdad de género.

Por otra parte, encontramos una serie de principios de rango constitucional, consagrados en el art. 53 de la Constitución Política, frente a los derechos de los trabajadores, son la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la garantía a la seguridad social.

La remuneración mínima vital y móvil, consiste en que nadie puede devengar menos de un salario mínimo, es decir que satisfaga las necesidades mínimas del trabajador, con móvil entiéndase la actualización a que está sometido el salario cada año partiendo de la base de la capacidad adquisitiva; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, consiste en hacer primar la realidad de los hechos sobre cualquier formalidad de la relación laboral, es decir que el contrato o cualquier documento pueden tener una situación pero en realidad se está presentando otra; la garantía a la seguridad social busca cubrir las contingencias que se presenten durante la ejecución del contrato de trabajo y las posteriores a este.

Sumado a lo anterior, encontramos los principios como el debido proceso y el principio de sostenibilidad fiscal que en el caso que nos ocupa entra en colisión con los anteriormente

nombrados, ya que el en los accionados argumentaba que se habían vulnerado estos principios.

Así, para ello es necesario recordar que la sentencia principio de sostenibilidad fiscal C-288 de 2012, determinó que es un criterio orientador e instrumento y no un derecho ni un principio, por lo tanto, no puede haber una pugna entre lo que son los principios constitucionales y la Sostenibilidad fiscal, además porque el mismo artículo 333 de la C.P modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011, establece que no debe invocarse la sostenibilidad fiscal para vulnerar, restringir o negar derechos fundamentales, Por lo tanto debe de ir acorde al Estado Social de Derecho, comprendiendo en su interpretación el principio de la progresividad y prohibición de regresividad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En cuanto al principio del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que protege el derecho a todas las personas de poder defenderse ante las instancias judiciales y controvertir las acusaciones. Éste principio que se utilizó de fundamento para declarar la nulidad de la sentencia que declaraba la existencia del contrato realidad, sin embargo, al conocer cómo mediante la sentencia SU 079 de 2018, decidió zanjar éste problema jurídico, vemos que se inclinó por el principio del debido proceso, entre otros principios como el principio de la congruencia, donde es evidente que debía primar los Derechos Fundamentales, que fueron y siguen siendo vulneradas a las madres comunitarias que se vincularon antes del 2014.

3. ¿CÓMO SE DEBEN INTERPRETAR EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROGRAMA DE MADRES COMUNITARIAS, A LA LUZ DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO?

En primer lugar, es necesario mencionar que el autor Rodolfo Arango (2005), además del análisis profundo de la necesidad de un real reconocimiento de los derechos sociales fundamentales es necesario examinar las características de los Derechos Sociales Fundamentales, y los temas relacionados con la financiación y los costos de los derechos sociales fundamentales que el Estado debe tener en cuenta para poder dar cumplimiento efectivo estos derechos, así, los planteamientos que se va a exponer en seguida se relacionarán con el caso de las madres comunitarias.

Los Derechos Sociales Fundamentales (DSF), son definidos por (Arango, 2005) como derechos subjetivos, individuales, donde el Estado está obligado a reconocerlos y cumplirlos, mediante sus acciones positivas fácticas.

¿Quiénes son los titulares de los derechos sociales fundamentales?

Arango determina que son los individuos, en razón a que los DSF son *individuales* pues es derivado del concepto de los *derechos subjetivos*; el derecho subjetivo es la posición jurídica de un sujeto de derecho dentro de un orden jurídico; trata de establecer las tesis que van en contra de este concepto, entre ellas, están las que defienden los DSF como *metas políticas*.

Un *derecho* es una finalidad política individualizada; en cambio una *meta* es una finalidad política no individualizada, que apoya la coordinación de costos y beneficios en la comunidad

para generar beneficios en la comunidad; sin embargo, los derechos muchas veces tienen enunciados sobre los que se sustentan metas, por lo tanto, es probable que los DSF se expresen mediante un enunciado individual o enunciados generales, que en este último sería mediante enunciados sobre metas políticas; para el autor, los DSF pueden verse como derechos individuales o como metas políticas, dependiendo de la argumentación que justifique la descripción de los derechos fundamentales, solo se requiere que se demuestre la titularidad del derecho mediante argumentos apropiados individualizados de la posición jurídica (Arango, 2005).

Los DSF son considerados como derechos de todos los ciudadanos, ya que son concebidos como derechos humanos, los cuales pueden ser ejercidos individualmente; por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, recaen en un individuo. Así mismo, en el caso de individuos que pertenecen a un grupo colectivo que busca el reconocimiento de un derecho fundamental, cada una de esas personas es titular exclusivo de derechos sociales fundamentales; sin embargo hay que resaltar la diferencia entre la titularidad del derecho y su exigibilidad, pues la exigibilidad puede ser colectiva como las acciones populares, entre otras (Arango, 2005).

¿Por qué el Estado es el único responsable de los Derechos Sociales Fundamentales?

Ahora, con respecto al porqué es el Estado el único obligado a responder los DSF, según Arango., es porque la sociedad es considerada como un todo. Esta, a través del Estado, es la obligada a la prestación, no pudiendo hablar de “particulares individualmente considerados”

como potenciales obligados porque se destruiría la autonomía del individuo que reduce la libertad individual; de esta manera, el Estado a través de las ramas del poder público del Estado, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, es el titular de la obligación.

La acción del Estado se relaciona con el objeto de la obligación jurídica de la norma; se divide en: lo que se *debe realizar* para posibilitar el *cumplimiento* del derecho fundamental, referente a lo que está mandado o permitido por la norma jurídica y lo que *debe omitirse* para el cumplimiento del derecho fundamental, lo cual remite a lo que está prohibido o permitido por la norma jurídica. El autor va a dividir las acciones en; positivas jurídicas y fácticas, y acciones negativas.

Las acciones positivas jurídicas las determina como aquellas que suponen un acto de *creación normativa*, que va a determinar que el objetivo del DSF no es solo una acción normativa. Por lo tanto, va a pasar a explicar lo que son las *acciones positivas fácticas*, que son *acciones materiales* que posibilitan el cumplimiento de dichos derechos. Concluye que el objeto del DSF necesita de los dos medios, tanto la fáctica como la normativa, la normativa como medio de la exigencia del derecho, y como medio para asegurar la realización del derecho. En cambio, las acciones negativas, basadas en la inoperancia y limitación de la libertad, que vulneran tanto los principios de la libertad e igualdad, por ello no son consideradas como objeto de los DSF, pues precisamente, los DSF buscan respetar dichos principios. (Arango, 2005).

A partir de la explicación de los elementos de los DSF se hace la pregunta de cómo se hace justiciable o cómo reconocer los respectivos derechos; para la cual, va a determinar que se hace judicialmente, lo que crea una problemática, en razón a que el juez constitucional toma

el papel tanto de legislador como el de la administración. Este problema lo va a solucionar exponiendo que el contenido de los DSF judicialmente se determina al conectar el principio de igualdad con los Derechos Fundamentales (Arango, 2005).

De esta manera, los individuos pueden exigir al Estado una *acción fáctica-positiva por vía judicial* mediante la interpretación sistemática de las normas constitucionales, siendo ésta la única forma de dejar a salvo el derecho general de la libertad o el derecho a la libre determinación de la personalidad cuya limitación las reglas de las instituciones de su función y de la argumentación jurídica (Arango, 2005).

Hasta aquí lo analizado, podemos ver que en el caso de las madres comunitarias, los elementos de los DSF propuestos por Rodolfo Arango y su justiciabilidad que se está solicitando al Estado, permite concluir que son titulares de tales derechos, ya que cada madre individualmente es titular de dichos derechos, además de que el Estado es quien está obligado mediante sus instituciones garantizar el ejercicio de los DSF, por lo tanto, a pesar de ser necesarias las condiciones formales y materiales, en el texto constitucional debe en este caso interpretarse sistemáticamente, para que puede reconocerse, teniéndose en cuenta la jurisprudencia y la doctrina quienes interpretan el texto constitucional.

Vulneración de los Derechos Sociales Fundamentales:

Las normas hipotéticas planteadas, puede dilucidarnos que las normas de DSF no tienen su condición de aplicación exclusivamente en el contenido de la normas, por lo tanto, los derechos sociales fundamentales no se establecen expresamente en la Constitución Política

de Colombia, sino que mediante conexidad de los Derechos Fundamentales, y aplicando el principio de igualdad, puede aplicarse de manera extensa, exigiendo como condición adicional que tiene que ver con el principio de subsidiariedad, ya que la acción fáctica positiva del Estado, solo se inicia cuando no cuente con posesión de medios financieros y no haya oferta suficiente del mercado. Por lo tanto, en el caso de las madres comunitarias debió de tenerse en cuenta que la vulneración de los DSF al mismo tiempo daba paso a vulneración de los derechos fundamentales, debiendo reconocerse por el principio de conexidad e igualdad, además que en este caso se cumple con el principio de subsidiariedad.

En el caso de las madres comunitarias encontramos que podría encuadrar es la posición idealista entre mercado y derecho lo establecido en la Constitución Política en su art. 13, 53, etc. donde se consagran principios como la igualdad. La igualdad en materia laboral consiste en que a todo trabajador o a toda persona que trabaja en favor de otra debe ser tratado en condiciones de igualdad; este principio se desarrolla a través de la igualdad de salario, es decir que a trabajo igual salario igual. (Arango, 2005)

Otro principio es la irrenunciabilidad del trabajador a los beneficios, consiste en que el trabajador no puede renunciar a un mínimo de derechos, toda cláusula de renuncia de derechos se entiende por no válida; también se consagra el principio de que todos los trabajadores deben tener un salario mínimo, vital y móvil, el cual consiste en que nadie puede devengar menos de un salario mínimo, es decir que satisfaga las necesidades mínimas del trabajador.

Como garantía a los trabajadores y evitar abusos de los empleadores, el legislador consagró el principio de dar primacía de la realidad sobre las formalidades, consistente en hacer primar

la realidad de los hechos sobre cualquier formalidad, es decir, que el contrato o cualquier documento pueden tener una situación, pero en realidad se está presentando otra. Otro principio es el principio de favorabilidad consiste en que, ante dudas por parte del operador jurídico, debe optarse por aplicar la interpretación más favorable al trabajador.

Otro de los principios más importantes es el acceso que debe tener el trabajador al sistema de seguridad social, pues este busca cubrir las contingencias que se presenten durante la ejecución del contrato de trabajo y las posteriores a este. En conclusión, la aplicación de todos los principios anteriormente mencionados debería ser aplicada al caso de las madres comunitarias y debería ser el mínimo de las condiciones respecto de las cuales deberían laborar.

Ahora volviendo a lo dicho por Arango, el mismo establece la relación entre derecho y mercado. El autor parte de la premisa de que las personas son diferentes en necesidades, aptitudes, capacidades, recursos, etc. Si bien existen varios fines estatales a los cuales se quiere llegar, es necesario reconocer que las diferencias de las personas son las que impiden la realización de los fines de la libertad y la igualdad.

Por ello, inicia a establecer cuál es la concepción realista de los derechos, una parte de los derechos es la titularidad y otra el poder de ejercicio de estos, en consecuencia, de nada sirve tener la titularidad de los derechos si no se pueden ejercer, pues desde ese momento pierden todo su valor, pues el fin del Derecho es poder ser una garantía a su titular.

Aplicando lo anterior al caso de las madres comunitarias, tenemos que, si bien las madres comunitarias tienen varios presupuestos normativos que protegen sus derechos, las mismas no pueden materializar la efectividad de esas garantías. A pesar de instaurar varias acciones

de tutela y otra serie de acciones, la posición del Estado quedó finalmente en la negativa de los derechos que el mismo Estado debe garantizar.

Posteriormente el autor define la concepción realista de mercado y demuestra que los mercados están institucionalizados, es decir, que existe una importante intervención estatal en los mismos, pues el Estado puede interponer todo tipo de limitaciones a las personas y que dinamizan el funcionamiento del mercado; extrapolando dicho concepto al campo de los derechos, encuentra el autor que el valor de la titularidad de los derechos depende del valor de su ejercicio, es decir, del poder acceder a la administración de justicia.

Igualmente, desarrolla la idea de que no existe una asimetría entre derechos de libertad y derechos sociales fundamentales, por lo menos en lo que respecta a su exigibilidad judicial, en consecuencia, resalta el autor que es necesario ante dichas situaciones una acción de intervención positiva por parte del Estado; si el Estado no proporciona una igualdad de oportunidades, pone en flagrante peligro los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico al individuo y frente a lo dicho concluye que, dada todas las falencias estatales, es necesario establecer un supuesto de hecho para poder determinar los derechos sociales fundamentales.

En el caso de las madres comunitarias no hay excepción con lo anteriormente dicho, pues si bien, volviendo el caso de las madres comunitarias al campo idealista de la relación que debe existir entre mercado y derecho, en el Acto Legislativo 03 de 2011 se establece que bajo ningún argumento el Estado Colombiano puede negar el acceso al goce de los derechos fundamentales de las personas con el argumento de la sostenibilidad, pues como bien lo establece el Acto Legislativo y también el desarrollo jurisprudencial, la sostenibilidad fiscal no tiene rango de principio sino de criterio orientador a las ramas del poder público con el

fin de alcanzar de manera progresiva los objetivos y fines de un estado social de derecho. Extrapolando lo anteriormente dicho a la realidad, es evidente que uno de los argumentos usados por el Estado Colombiano para negar el acceso y goce pleno de los derechos fundamentales a las madres comunitarias son criterios de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social de pensiones. (Arango, 2005)

Por otra parte, la teoría de los derechos sociales fundamentales no es posible si no se puede determinar cuándo se da la existencia de estos, por ello determina cual es el supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales, divide los supuestos en tanto formales como materiales. Frente a las condiciones formales, parte del hecho de que en materia de derechos fundamentales sociales no se encuentran normas individuales que los regule, pues por su naturaleza, los derechos sociales individuales se construyen de manera interpretativa mediante el conjunto de diferentes estipulaciones normativas, en consecuencia, los derechos sociales fundamentales son exigibles en virtud del daño que puede generar la actitud activa u omisiva por parte, pues de no ser así se causaría un daño irremediable e inminente al individuo. (Arango, 2005)

Frente a las condiciones materiales del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales establece que en gran parte de las Constituciones se garantiza el derecho a la libertad y a la igualdad, pero frente a los Estados Sociales de Derecho da por sentado que hay factores que pueden obstaculizar dicha garantía. En consecuencia, es deber del estado proteger a los individuos del goce pleno de sus derechos y su actuar frente a los derechos sociales fundamentales solo debe ser de carácter subsidiario, solo cuando la persona se encuentra en situaciones fácticas que pongan en riesgo su vida y autonomía (Arango, 2005).

Por otra parte, para que se cumpla el supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales deben existir posibles vulneraciones tanto físicas como psicológicas, como económicas. Frente a las vulneraciones tanto físicas como psicológicas, parte de la base que se debe analizar desde la perspectiva de la capacidad, pues es mediante la capacidad que el individuo puede acceder a la administración de justicia. Otro de los factores que puede ser obstáculo para el acceso a la administración de justicia es la relatividad del otorgamiento de los derechos de los individuos, pues varían los criterios para el otorgamiento de los derechos por las características que posea el individuo, como sociales, biológicas, etc. (Arango, 2005).

De manera análoga, señala que otros de los factores que puede generar una vulneración a los individuos para el ejercicio pleno de sus derechos son los factores económicos, pues la falta de medios económicos constituye un obstáculo para el acceso efectivo a la administración de justicia.

Ahora, el supuesto de hecho de los derechos fundamentales necesita un acompañamiento de carácter argumentativo, pues existen casos de ciertos derechos fundamentales sociales que no son fácilmente reconocibles, esta argumentación debe ser de carácter sistemático, es decir, debe estar integrada por una serie de postulados normativos y situaciones fácticas que permitan deducir que de que si no existe una acción positiva por parte del estado, se puede generar un daño irremediable y es el Estado el responsable de garantizar la vida, equilibrar las desigualdades y salvaguardar la inalienabilidad corporal de todos. (Arango, 2005).

El plantea que existirán muchos que critiquen el cómo se puede determinar el contenido de los derechos sociales fundamentales, a lo cual plantea que el contenido los derechos sociales fundamentales se puede determinar de forma razonable en el marco de una interpretación

sistemática de una constitución democrática moderna, toda vez que a partir de la verificación de las vulneraciones de los derechos fundamentales individuales en cada caso concreto nos lleva a concluir la necesidad de la acción positiva por parte del estado frente al individuo, es decir, el discurso del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales, tiene un componente fáctico y uno jurídico.

Visto el supuesto de hecho del análisis de los derechos sociales fundamentales, expone las actitudes que puede tener el Estado para generarlos; El Estado puede generar daños en lo individuos por su actividad, sin embargo, bajo el estudio de las teorías modernas encontramos que también puede ser responsable por su actitud omisiva, pues ya la acción del Estado no es una condición necesaria para la vulneración de un derecho fundamental.

La omisión del Estado puede ser absoluta o parcial; la omisión estatal de carácter parcial sucede en los eventos en que el Estado decida parcialmente sus obligaciones, es decir, su actuar incompleto puede vulnerar los derechos fundamentales de los individuos, uno de los ejemplos más relevantes es el trato desigual entre ciertos individuos por parte del estado en razón a las condiciones particulares que los determina, cuando no le asiste razón al estado de realizar este trato desigual; por su parte, la omisión estatal de carácter absoluto refiere a la inactividad total por parte del Estado, no existen criterios para determinar la causalidad normativa, no obstante, si relacionamos la omisión estatal absoluta, junto con otros criterios relevantes de rango constitucional, podremos detectar la existencia de una vulneración de un derecho fundamental. (Arango, 2005).

Dada la dificultad que se puede tener al momento de determinar el daño por parte del estado a sus individuos por la omisión absoluta de la realización de sus obligaciones, desarrolla el esquema de coherencia, pues viendo el sistema jurídico como un todo se puede determinar la vulneración que se puede estar causando a los individuos por parte del estado.

Ponderación de los principios y derechos Sociales Fundamentales

Seguidamente, Arango toma el modelo desarrollado por Alexy conocido como la ponderación de principios y lo complementa, pues muchos críticos de la teoría de Robert Alexy alegan que no existen criterios objetivos que permitan darle el valor que requiere cada principio para poder realizar una correcta ponderación. Plantea la metodología del *caso extremo*, que postula que las condiciones materiales de los supuestos de hecho de los derechos sociales fundamentales deben tener dos elementos; la primera condición es la existencia de una *desigualdad fáctica* entre el afectado y otros destinatarios del mundo jurídico, la segunda condición se refiere a la *urgencia de la situación fáctica de desigualdad*. La posición jurídica del Estado como garante de los derechos sociales, en el modelo del caso extremo, lleva a invertir la carga de la prueba, y a obligar al Estado a argumentar con razones de peso la razón de la vulneración de los principios y derechos de los individuos.

Como se ha mostrado, los derechos sociales fundamentales, para ser aplicables, necesariamente deben cumplir con el supuesto de hecho formal y material planteado por Arango. Para el caso de las madres comunitarias podemos afirmar que, haciendo una interpretación sistemática de las normas, las madres comunitarias son titulares de varias garantías de rango constitucional. Es evidente que, de no existir una actuación positiva por parte del Estado, se generan vulneraciones a los derechos de las madres comunitarias como

la no garantía a un salario mínimo vital y móvil, acceso al sistema de seguridad social, poder vivir en condiciones dignas, etc.

Frente a los supuestos de hecho materiales, encontramos que, si bien el actuar del Estado debe ser subsidiario para garantizar la no vulneración y goce efectivo de los derechos, se concluye que sí es aplicable al caso de las madres comunitarias; si bien las madres comunitarias han tratado de acceder a la administración de justicia por diferentes figuras, la negativa de actuar del Estado en materia legislativa, judicial y ejecutiva ha generado vulneraciones en los derechos de las madres comunitarias. A pesar de ser evidente la vulneración, el actuar del Estado ha sido pasivo en todas sus formas, pues *contrario sensu* al deber ser de garante a los individuos, su posición ha sido activa y omisiva en la vulneración de los derechos fundamentales de los individuos.

Sumado a lo explicado con anterioridad frente a la ponderación de principios de Alexy, se puede añadir lo dicho por Arango en su teoría del caso extremo, mediante el cual podemos encontrar la importancia del derecho social fundamental vulnerado mediante la posición jurídica que tenga el individuo en el ordenamiento jurídico, es decir, entre más importante sea la posición jurídica del individuo, más fuerte debe ser el control de la omisión estatal.

En definitiva, podemos concluir que en el caso de las madres comunitarias existió una errónea interpretación por parte de las Altas Cortes Colombianas, pues no hizo aplicación al principio de coherencia afirmado por Arango, pues mediante el mismo, podría llegarse de manera razonable a la conclusión que a las madres comunitarias debió reconocerse la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre las madres comunitarias y el ICBF desde la

creación del sistema de madres comunitarias hasta el año 2014 que mediante la Ley 1607 de 2012 se da la obligación estatal de formalizarlas laboralmente, pues a todas luces como ya se estudió anteriormente con detalle, se da la existencia de los elementos para la declaratoria de un contrato de trabajo, los cuales son la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración por el servicio prestado.

Dada la actitud omisiva y pasiva del Estado, se generaron grandes vulneraciones a los derechos fundamentales de las madres comunitarias, pues muchas de ellas son de la tercera edad y no tienen las condiciones mínimas para la subsistencia de una vida digna, teniendo como agravante que su labor era en pro del cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, pues brindaron por muchos años condiciones de protección y alimentación a niños en edades de los 0 a los 5 años, madres lactantes y demás seres que se catalogan como seres de especial protección.

Conclusiones

El análisis de los argumentos proporcionados por la Corte Constitucional frente al tema de la existencia de contrato realidad entre las madres comunitarias y el ICBF desde la creación del programa hasta el año 2014 (fecha en que entra en vigencia el art. 36 de la Ley 1607 de 2012), haciendo uso de la metodología del análisis dinámico y estático de los precedentes judiciales (López, 2006) arroja resultados concretos. Primero, que existe una discriminación laboral respecto de las madres comunitarias; se cumplen los presupuestos proporcionados en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que prohíbe la discriminación por razón del género en materia laboral; recordando que esta Convención es de rango constitucional, en virtud del bloque de constitucionalidad.

Para desarrollar lo dicho, es necesario traer a colación lo estipulado en el art. 1 de la Convención en mención; de manera clara, expresa que significa el término “discriminación contra la mujer” definiéndola como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer. (Corte Constitucional, sala octava de revisión. 01 de septiembre de 2016. T 480 de 2016. M.P Alberto Rojas Ríos).

Lo anterior se aplica en el sentido de que en principio todos los trabajadores del Estado Colombiano tienen garantías de rango constitucional, como el acceso a una remuneración mínima, vital y móvil, el acceso al sistema de seguridad social con el fin de cubrir las diferentes contingencias; el derecho a la vida digna, etc.; se concluye que, si de estas garantías gozan otra serie de trabajadores, pero no las madres comunitarias, que son justamente

mujeres trabajadoras al servicio del cuidado, sí existe una desigualdad frente a la ley evidente y en consecuencia una discriminación pues se impide el acceso a derechos.

En el caso de las madres comunitarias resulta siendo más reprochable la discriminación de la cual están siendo objeto, puesto que el sujeto activo de la misma es el Estado Colombiano; se denominó reprochable toda vez que, según la Convención en mención, los Estados parte tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para evitar todo tipo de discriminación, y el Estado colombiano tiene el papel de garante de dichas obligaciones.

Además que la argumentación desarrollada por el alto tribunal constitucional frente al problema jurídico del vínculo de las madres comunitarias con el Estado, resulta siendo acorde al modelo de Estado de Derecho y no a un Estado Social de Derecho, pues no hace uso de principios como la primacía de la realidad sobre las formas; debe darse prioridad a la verdadera naturaleza relación contractual que a la naturaleza dada por las partes, a la primacía de lo sustancial sobre lo procesal, y otra serie de principios ya desarrollados.

Lo alarmante es que todos estos desarrollos constitucionales, internacionales y jurisprudenciales en materia normativa resultan siendo ineficaces, pues de nada sirve tener el derecho sino puede ser materializado, conforme lo señala Arango (2005); es decir, que no se cumplen los fines de la existencia de las acciones judiciales para garantizar el acceso a la justicia laboral por parte de las madres comunitarias, de la interpretación sistemática de la Constitución, los Convenios Internacionales y la Jurisprudencia Constitucional se pudo determinar que las madres comunitarias tienen el derecho a lo pedido en los estrados judiciales, como lo es el aporte a seguridad social por parte del Estado colombiano.

Por otra parte, finalizamos este trabajo resaltando que la labor del cuidado de la primera infancia y madres lactantes o gestantes no debe ser menospreciada, toda vez que responde al cumplimiento de uno de los fines del Estado Social de Derecho Colombiano, que es la protección prevalente de los derechos de los seres de especial protección.

Finalmente, se concluye que los/as magistrados/as de la Corte Constitucional colombiana, no pueden alegar que frente al tema de los derechos laborales de las madres comunitarias, se encuentran en una de las zonas de penumbra que tienen los casos difíciles (Hart, 1961). En realidad, los fallos judiciales tienen claramente una ideología política subyacente en la parte motiva y en la parte resolutive de la sentencia, así los jueces se esfuercen por darles a sus decisiones una apariencia de neutralidad; la Constitución y los Convenios Internacionales no pueden ser utilizados de manera incorrecta o dejarse en el olvido, puesto que el constitucionalismo desde años inmemorables ha sido una restricción a la actuación de los jueces; la hermenéutica jurídica cuenta con mecanismos como la ponderación de principios (Alexy, 2007) y el garantismo que evitan perjuicios irremediables a los titulares de derechos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

Normas:

Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (Agosto de 1986). Planes y programas de desarrollo económico y social (1897-1990).

Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979). Disponible en:

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

Colombia. Congreso de la República. (29, Diciembre de 1988). Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. [Ley 89 de 1988]. DO: [No. 38.635]

Colombia. Congreso de la República de Colombia. (30, Julio de 1999). Por la cual se disponen unos beneficios en favor de las Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional. [Ley 509 de 1999]. DO: No. 43.653.

Colombia. Congreso de la República de Colombia. (03, Mayo de 2006). Por la cual se vincula el núcleo familiar de las madres comunitarias al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1023 de 2006]. DO: No. 46.259.

Colombia. Congreso de la República de Colombia. (14, Abril de 2008). Por la cual se adiciona un párrafo 2o al artículo 2o de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones. [Ley 1187 de 2008]. DO: No. 46.960.

Colombia. Congreso de la República de Colombia. (26, Diciembre 2012). Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones. [Ley 1607 de 2012]. DO: [No. 48.655]

Colombia. Presidencia de la República. Ministerio de Trabajo. (12, Febrero de 2014). Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones. [Decreto 289 de 2014]. DO: [No. 49.062].

Jurisprudencia:

Corte constitucional, sala plena. (22 de julio de 1993). SU 277 de 1993. [M.P Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional, sala plena. (16 de noviembre de 1994). C 511 de 1994. [M.P Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, sala plena. (12 de noviembre de 1998). Sentencia C-655 de 1998. [M.P. Hernando Herrera Vergara].

Corte Constitucional, sala séptima de revisión. (2 de agosto de 2000) Sentencia T 990 de 2000. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional, sala cuarta de revisión. (12 de febrero de 2001). Sentencia T 159 de 2001 [M.P. Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, sala octava de revisión. (15 de abril de 2010). Sentencia T 247 de 2010. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, sala octava de revisión. (29 de marzo de 2012). Sentencia T 260 de 2012. [Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, sala plena. (18 de abril de 2012). Sentencia C-288 de 2012. [Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, sala octava de revisión. (10 de agosto de 2012). Sentencia T 628 de 2012 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, sala octava de revisión. (22 de marzo de 2012). T 236 de 2012. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, sala primera de revisión. (24 de Julio de 2013). Sentencia T 478 de 2013 [M.P María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, sala novena de revisión. (02 de abril de 2014). T 222 de 2014. [Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, sala quinta de revisión. (10 de agosto de 2015). Sentencia T 508 de 2015. [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional, sala novena de revisión. (29 de enero de 2016). Sentencia T 018 de 2016. [M.P Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, sala octava de revisión. (01 de septiembre de 2016). Sentencia T-480 de 2016. [M.P Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional, sala plena. (17 de abril de 2017). Auto 186 de 2017. [M.P Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de abril de 2018). Auto 217 de 2017. [M.P Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional, sala primera de revisión. (07de marzo de 2017). T 141 de 2017. [M.P María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, sala plena. (01 de febrero de 2017). T 041 de 2017. [Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional, sala plena. (9 de agosto de 2018). SU 079 DE 2018. [M.P José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Constitucional, sala plena. (24 de julio de 2018). SU 075 de 2018. [Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional, sala novena de revisión. (26 de enero de 2018). T 006 de 2018. [Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional, sala plena. (22 de agosto de 2018). Auto 547 de 2018. [José Fernando Reyes Cuartas, Antonio José Lizarazo Ocampo]

Fuentes secundarias:

Kelsen, H. (1960). Teoría Pura del Derecho. Disponible en: <https://cvperu.typepad.com/files/libro-teoria-pura-del-derecho-hans-kelsen.pdf>.

Hart, H. L. A. (1961). El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

UNESCO (1995-2009). Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=32399&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

Fraser, Nancy (1997). *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*. Bogotá: Siglo del Hombre, U. de Los Andes.

Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del Derecho (CLS)*. Estudio preliminar de César Rodríguez. Bogotá: UniAndes, Siglo del Hombre, Instituto Pensar.

Ferrajoli, L. (2000). *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Colombia, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Pateman, Carole. (2000). *El Estado de Bienestar Patriarcal*. Disponible en: <https://seminarioteoriasocialfeministaunpsjb.files.wordpress.com/2016/04/pateman-el-estado-de-bienestar-patriarcal.pdf>.

Murcia, D & Rodríguez, Giovanna. (2002). *Seguro de Vida Deudores Comentarios de la Sentencia T-1165 de 2001 Corte Constitucional*. (Tesis de grado, Universidad Pontificia Universidad Santo Tomás). Disponible en: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-60.pdf>.

Alexy, Robert. (2007). *La teoría de la argumentación*. [Traducido al español por Atienza, Manuel; Espejo, Isabel]

Arango Rivadeneira, R. (2005) *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Colombia: Legis.

López Medina, Diego E. (2006). *El Derecho de los Jueces: Obligatoriedad del Precedente Constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teorías del derecho judicial*. Colombia, Bogotá: Legis.

Jaramillo, Leonor. (11 de diciembre de 2009). La Política de Primera Infancia y las Madres Comunitarias. *Revista del Instituto de Estudios en Educación Universidad del Norte*. Págs. 86-101.

Matamoros, Castillo; Eloisa, Sara. (2009). La génesis del programa de hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Parte III. “El Estatuto de los Trabajadores: un cambio de paradigma en sentido publicista de la relación de trabajo”.

Kennedy, D. (2010) *Izquierda y Derecha*. Argentina, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A.

Colombia. Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2012). Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Social/CARTILLA_SOCIAL_septiembre_2012%20%282%29.pdf.

Pateman, Carole. (2014). La crítica feminista a la teoría clásica de la democracia. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2014000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=es.

Buchely, Lina (2015). El activismo burocrático y la vida mundana del estado. Las madres comunitarias como burócratas callejeras y el programa de cuidado de niños. Hogares Comunitarios de Bienestar. *En: Rev. Colombiana de Antropología* Vol. 51, No. 1, ene-jun. 2015. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcan/v51n1/v51n1a06.pdf>.

Leiter, Brian; (2015); Realismo Jurídico Estadounidense. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/10.pdf>.

Pinzón, Manuel (2015). Madres comunitarias: un caso paradigmático de la forma en que el Derecho produce identidades. *En: Estudios sobre feminismo y género*. <https://doi.org/10.18046/recs.i15.1910>. Disponible en: https://webcache.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/1910.

Pinzón, Manuel. (2015). Madres comunitarias: un caso paradigmático de la forma en que el derecho produce identidades. REVISTA CS de Ciencias Sociales, (NÚM. 15). **Páginas:** 110-139.

Ferrajoli L, S. (2016) *Derechos Fundamentales, Democracia Constitucional y Garantismo*. Lima: Editorial.

Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2016); Disponible en: <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=nIgraKlJJKf>

mzuBozGpMR9L10xTaya4GFm_ig8D1ksLcE4CE_6zI!508618735?nodeId=%2FOCS%2FMIG_6012612.PDF%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased.

Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas. (2018); Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo>.

Colombia. Departamento Nacional de Estadísticas. (2018); <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/estadisticas-de-genero#datos-relevantes>.

Cardenas, Carlos (2019). El Realismo Jurídico. En proceso de publicación en el repositorio de la Universidad Santo Tomás.

Colombia. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2019). Disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PrimeraInfanciaICBF/Madres> .

Pinto, Antonio. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/2231/1/T24475.pdf> .