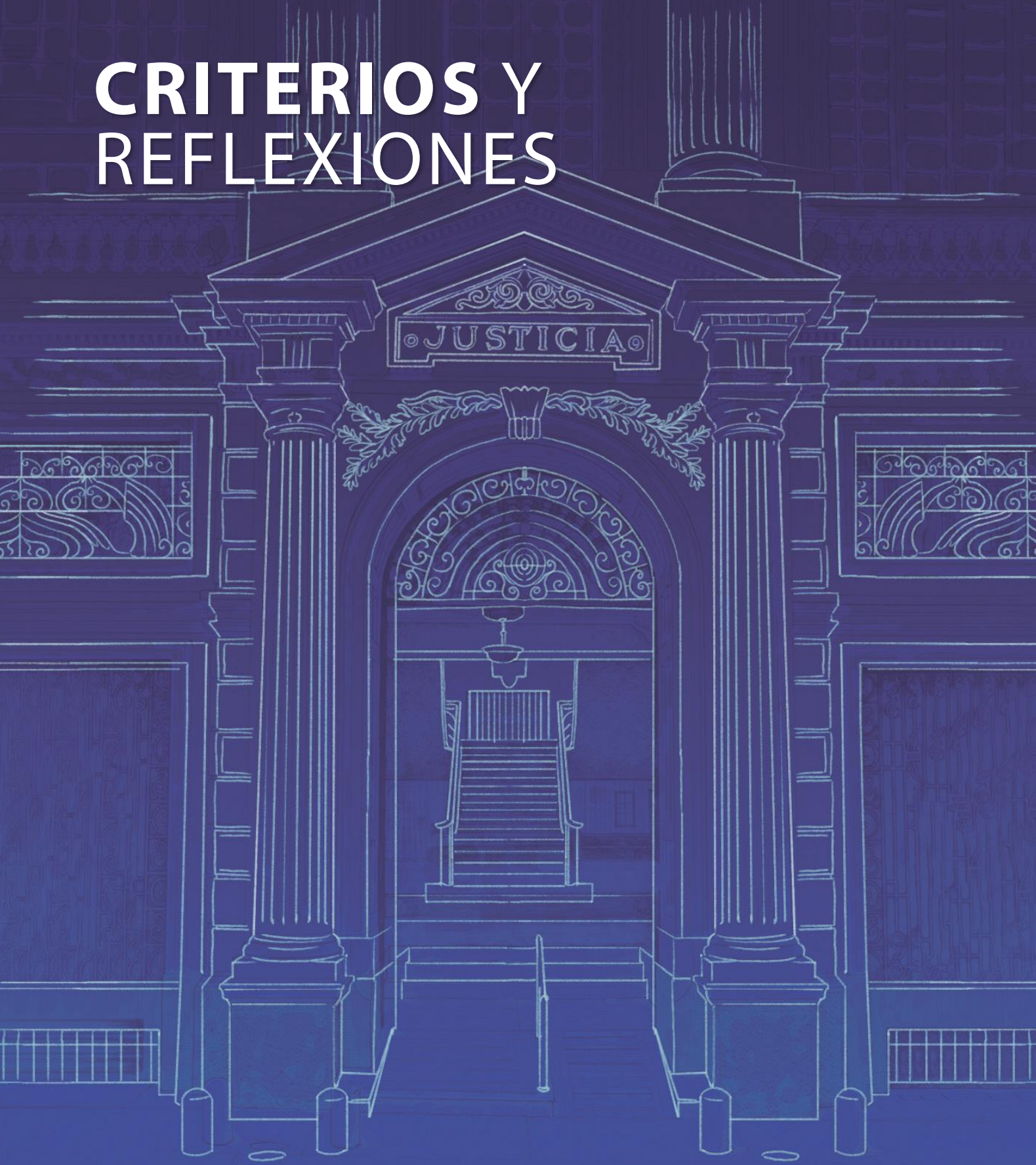


CRITERIOS Y REFLEXIONES



**TRIBUNAL SUPERIOR
DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**

Revista 2026

ISSN: 2248-7476

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

REVISTA 2026

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

Palacio Nacional – Plaza Caicedo

Calle 12 # 4 - 33

prtsupcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

tribunalsuperiordecali.gov.co

X: @tribunalsupcali

Instagram: tribunalsuperiordecali

Threads: tribunalsuperiordecali

Facebook: Tribunal Superior Cali

Revista 2026

ISSN 2248-7476

COMITÉ EDITORIAL

Magistrada Ana Julieta Argüelles Daraviña

Magistrada Mónica Teresa Hidalgo Oviedo

Magistrado Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear

Magistrado Orlando Echeverry Salazar

Magistrada Gloria del Socorro Victoria

Relatora Angélica María Marín Arcila

CORRECTOR DE TEXTO

Juan Esteban Yanguas Ramón

DISEÑO GENERAL Y DE PORTADAS

Rodando Fundación – Manuel Alejandro Victoria

Donación

IMPRESIÓN

InnovaTech
E.I.C.E.

PATROCINIO

Gobernación del Valle del Cauca

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

DE LA EVIDENCIA Y LOS LLAMADOS ESTÁNDARES PROBATORIOS

Luigi Ferrajoli 10

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Ana Julieta Argüelles Daraviña 21

ESCRUTINIO JURÍDICO EN TIEMPOS DE IA: ¿DONOSO O REFORZADO?

Mónica Teresa Hidalgo Oviedo 28

BREVÍSIMOS ESCOLIOS EN TORNO A LAS COSAS, LOS BIENES Y EL PATRIMONIO

Julían Alberto Villegas Perea 39

LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANA

Carlos Alberto Oliver Galé 51

DOCUMENTO CON RELEVANCIA JURÍDICA (ad solemnitatem - ad probationem)

Diego Buitrago Flórez 63

LA JUSTICIA TERAPÉUTICA Y RESTAURATIVA EN ÁMBITOS LABORALES: UNA PROPUESTA PARA EXPLORAR CAMINOS HACIA UN TRABAJO DECENTE

Gustavo Adolfo Millán Cuenca 66

DECLARACIONES PREVIAS AL JUICIO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Orlando Echeverry Salazar 71

DERECHO SOCIAL Y FACULTAD DE JUZGAR: UNA GENEALOGÍA FILOSÓFICA

Germán Varela Collazos 81

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO: UNA GARANTÍA DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear 92

PERSPECTIVA DIFERENCIAL E INTERSECCIONALIDAD EN EL PROCESO LABORAL: EL NUEVO OFICIO DEL JUEZ EN EL CPTSS (LEY 2452/25)	
<i>Carolina Montoya Londoño</i>	104
CONTROL JUDICIAL DE LA IMPUTACIÓN Y LA ACUSACIÓN: ¿NECESIDAD O CAPRICHOS?	
<i>Julián Chica Díaz</i>	110
PRESUPUESTOS Y DIFICULTADES DE LA PRÓRROGA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ORDINARIO	
<i>José Manuel Torres Vanegas</i>	118
NEURODIVERSIDAD Y SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES: LA NECESIDAD DE UN ABORDAJE DIFERENCIAL EN EL SRPA	
<i>Adriana María Tobar Cerón</i>	126
LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DEBIDO PROCESO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (COLOMBIA)	
<i>Luis Ángel Paz</i>	131
LA ADAPTACIÓN AL AUDITORIO	
<i>Fernando Esguerra Torres</i>	136
LA DISCRECIONALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA	
<i>Reinel Darío Forero Betancourt</i>	140

PRESENTACIÓN

El 3 de noviembre de 1909 marcó el nacimiento de la revista *Justicia*, bajo la dirección de Leopoldo Triana. A lo largo de su trayectoria, este órgano de difusión se publicó de forma intermitente, sumando más de 25 entregas hasta 1994. Su línea editorial se caracterizó por incorporar apéndices que recopilaban los acontecimientos más relevantes ocurridos durante los periodos de transición entre ediciones. Asimismo, sus páginas albergaban discursos memorables, homenajes por el retiro de magistrados ilustres, una rigurosa selección de providencias judiciales y un directorio institucional que servía como guía práctica al registrar la nómina de jueces del distrito judicial.

En 2011, bajo la gestión del entonces presidente doctor Víctor Manuel Chaparro Borda, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revitalizó este proyecto editorial. En ese momento, la sección académica destinada a los artículos de investigación fue bautizada como *Criterios y Reflexiones*. Esta fórmula nominal, adoptada nuevamente en las ediciones de 2019 y 2021, terminó por consolidarse como el título oficial de la revista, ya que sintetiza fielmente su esencia, propósito y horizonte metodológico: erigirse como un escenario idóneo para la convergencia de diversas posturas doctrinales orientadas a dinamizar el debate y el análisis crítico dentro de la comunidad jurídica. Hoy, en este año

2026, asumimos el firme compromiso institucional de recuperar este espacio para asegurar su periodicidad anual.

La presente edición de *Criterios y Reflexiones* constituye un ejercicio colectivo de alta densidad intelectual que reafirma el papel de la judicatura no solo como aplicadora del derecho, sino como productora de conocimiento jurídico situado. Los trabajos aquí reunidos, elaborados por magistrados y jueces del distrito, ofrecen una cartografía crítica del derecho contemporáneo, marcada por tres ejes transversales: el garantismo constitucional, la transformación del razonamiento judicial y los desafíos derivados del entorno tecnológico y social.

En el ámbito penal y constitucional, la inclusión de la entrevista al jurista Luigi Ferrajoli en este número, ofrece una contribución relevante al debate actual sobre el garantismo penal introduciendo una discusión epistemológica de gran alcance al cuestionar la validez de los estándares probatorios objetivos, a los que califica como una regresión hacia sistemas premodernos de prueba legal. En su lugar, propone una teoría de la verdad procesal basada en la acumulación de confirmaciones y la ausencia de contraprueba, bajo el amparo de la presunción de inocencia (Ferrajoli, 2026).

Este planteamiento dialoga directamente con el artículo sobre el impacto de la Corte Constitucional en el derecho penal colombiano, que muestra cómo dicha corporación ha consolidado principios como legalidad, proporcionalidad y debido proceso, configurando un modelo garantista de control del *ius puniendi* (Argüelles, 2026).

Sin embargo, la integración de ambos textos revela una tensión estructural: mientras Ferrajoli enfatiza la racionalidad subjetiva del juez, el desarrollo jurisprudencial colombiano ha tendido a objetivar el control judicial mediante criterios normativos cada vez más exigentes, especialmente en ámbitos como la motivación de la privación de la libertad, el control a los preacuerdos y el plazo razonable. Esta tensión es particularmente visible en artículos relativos al control judicial de la imputación y la acusación, así como en el análisis de la prórroga de las medidas de aseguramiento, donde se reivindica un juez activo como garante de derechos fundamentales.

Esta misma línea de transformación se profundiza en los textos que examinan la dimensión probatoria del proceso penal, especialmente el relacionado con el descubrimiento probatorio. Allí se reafirma que el proceso acusatorio colombiano no es puramente adversarial, sino que incorpora exigencias de lealtad, igualdad de armas y control judicial, lo que confirma la hibridación del modelo procesal. En ese mismo sentido, los estudios sobre declaraciones previas evidencian la centralidad del principio de contradicción y el carácter restrictivo de la prueba de referencia, reforzando la protección del debido proceso.

Un segundo eje transversal del número lo constituye la emergencia de la inteligencia artificial como factor disruptivo del razonamiento jurídico. El artículo sobre escrutinio jurídico reforzado propone una categoría innovadora según la cual la intervención de sistemas algorítmicos en la toma de decisiones exige incrementar la intensidad del control judicial, en atención a riesgos como la opacidad, los sesgos y la automatización acrítica (Hidalgo, 2026). Este planteamiento se articula con otros textos del dossier que abordan el uso de IA en la práctica judicial, destacando principios como transparencia, trazabilidad, control humano y prohibición de sustitución del juez.

Asimismo, la revisión de jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y la Corte Constitucional pone de presente que el principal riesgo no es la tecnología en sí misma, sino su uso indebido por parte de operadores jurídicos, lo cual ha dado lugar a sanciones disciplinarias, nulidades procesales y cuestionamientos a la validez de decisiones judiciales. De esta forma, el conjunto de artículos sugiere la necesidad de configurar un verdadero «debido proceso tecnológico», como nueva categoría dogmática.

En el ámbito del derecho laboral y social, la revista presenta una sólida línea de análisis centrada en la materialización de la igualdad y la protección de sujetos vulnerables. El estudio sobre la garantía de indemnidad demuestra que, aunque no exista regulación expresa en Colombia, esta figura se deriva de la tutela judicial efectiva y permite sancionar actos de represalia contra trabajadores que ejercen sus derechos (Oliver, 2026).

Esta perspectiva se complementa con artículos sobre justicia restaurativa y terapéutica, perspectiva diferencial e interseccionalidad y derecho social, los cuales evidencian un cambio de paradigma: el tránsito desde un modelo centrado en la culpa individual hacia uno basado en la distribución de riesgos, la solidaridad y la corrección de desigualdades estructurales. Particularmente relevante es la introducción de herramientas como la carga dinámica de la prueba y la dirección activa del juez laboral, que redefinen el concepto mismo de imparcialidad.

En este mismo eje, los artículos sobre neurodiversidad en el sistema de responsabilidad penal adolescente y adaptación del discurso jurídico al auditorio introducen dimensiones interdisciplinarias que refuerzan la idea de un derecho cada vez más condicionado por saberes externos como la psicología, la sociología y la teoría de la argumentación. Esto confirma que la función judicial ya no puede entenderse exclusivamente como aplicación mecánica de normas, sino como ejercicio complejo de justificación racional en contextos de diversidad.

Un tercer eje relevante del compendio lo constituye la reflexión dogmática sobre el derecho civil, particularmente en el artículo sobre cosa, bien y patrimonio. Allí se reivindica la distinción clásica entre cosa (género) y bien (especie), así como la concepción del patrimonio como universalidad jurídica, destacando las teorías clásica y moderna (Villegas, 2026). Este análisis, aunque profundamente arraigado en la tradición romanista, dialoga implícitamente con transformaciones contemporáneas como la existencia de patrimonios autónomos,

activos intangibles y nuevas formas de organización económica.

Finalmente, el conjunto de artículos evidencia una preocupación constante por la función judicial como eje de articulación del sistema jurídico. Textos sobre la facultad de juzgar, la discrecionalidad en la ejecución de la pena y la redención de pena destacan que ninguna norma, tecnología o procedimiento puede sustituir la responsabilidad del juez de justificar sus decisiones. En este sentido, la revista plantea, de manera implícita, una defensa del juicio como núcleo irreductible del derecho.

En conclusión, este número de la revista no solo presenta aportes individuales valiosos, sino que configura una narrativa coherente sobre el estado actual del derecho:

- un derecho penal tensionado entre subjetividad y estandarización;
- un constitucionalismo expansivo con incidencia en la política criminal;
- una justicia enfrentada a los desafíos de la inteligencia artificial;
- un derecho social orientado a la igualdad material;
- y una dogmática civil que busca mantener precisión conceptual frente a nuevas realidades.

Estas tensiones, lejos de debilitar el sistema jurídico, constituyen el espacio de desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea.

Ana Julieta Argüelles Daraviña
Presidenta



DIGNATARIOS DE LA CORPORACIÓN
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
2026 - 2027

SALA DE GOBIERNO

Ana Julieta Argüelles Daraviña - presidenta
Mónica Teresa Hidalgo Oviedo – vicepresidenta
Juan Fernando Rangel Torres - presidente Sala Civil
Diego Buitrago Flórez - presidente Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras
Magy Manessa Cobo Dorado - presidenta Sala de Familia
Jorge Alonso Moreno Pereira - presidente Sala Laboral
Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear - presidente Sala Penal

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORPORACIÓN

Sala Civil

Ana Luz Escobar Lozano
Carlos Alberto Romero Sánchez
César Evaristo León Vergara
Flavio Eduardo Córdoba Fuertes
Hernando Rodríguez Mesa
Homero Mora Insuasty
Juan Fernando Rangel Torres
Julián Alberto Villegas Perea
Nelson Yesid Ruiz Hernández

**Sala Civil Especializada en
Restitución de Tierras**

Carlos Alberto Tróchez Rosales
Diego Buitrago Flórez
Yenny Paola Ospina Gómez

Sala Penal

Ana Julieta Argüelles Daraviña
César Augusto Castillo Taborda
Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Jorge David Mora Muñoz
Orlando Echeverry Salazar
Orlando de Jesús Pérez Bedoya
Roberto Felipe Muñoz Ortiz
Sandra Liliana Portilla López
Socorro Mora Insuasty

Sala de Familia

Claudia Consuelo García Reyes
Franklin Torres Cabrera
Magy Manessa Cobo Dorado
Óscar Fabián Combariza Camargo

Sala Laboral

Ariel Arias Núñez
Carlos Alberto Carreño Raga
Carlos Alberto Oliver Galé
Carlos Eduardo Acevedo Barón
Carolina Guiffo Gamba
Daniel Camilo Hernández Camargo
Elsy Alcira Segura Díaz
Enver Iván Álvarez Rojas
Fabio Hernán Bastidas Villota

Germán Varela Collazos
Gustavo Adolfo Millán Cuenca
Jesús Adolfo Cuadros López
Jorge Alonso Moreno Pereira
Jorge Eduardo Ramírez Amaya
Karen Elizabeth Jurado Paredes
Mary Elena Solarte Melo
Mónica Teresa Hidalgo Oviedo
Óscar Julián Betancourt Arboleda

DE LA EVIDENCIA Y LOS LLAMADOS ESTÁNDARES PROBATORIOS¹

*Entrevistado: Luigi Ferrajoli**

*Entrevistador: Maximiliano Aramburo ***

01 La conversación

Doctor M. Aramburo: [00:00:10]
Estamos aquí en esta jornada sobre derecho penal y procesal penal del Tribunal Superior de Cali. Este auditorio está compuesto por jueces y magistrados del distrito judicial de Cali. Si les parece, podemos intentar hablar un poco sobre un tema que ha sido de su interés reciente, que es el estándar de prueba, pero es un tema cercano a un tema central de su reflexión jurídica, que son las garantías procesales. En este debate contemporáneo,

algunos autores latinoamericanos y españoles, por ejemplo, Jordi Ferrer, y otros autores angloamericanos, entre ellos el muy conocido Larry Laudan, sostienen que incluso en sistemas con jueces profesionales obligados a motivar las sentencias, es necesario fijar estándares probatorios explícitos, como el de «más allá de toda duda razonable», para controlar la suficiencia del material probatorio antes de la decisión.

Usted ha sido un gran crítico de esta noción del estándar de prueba. ¿Cómo se puede

¹Transcripción revisada de la entrevista al profesor Luigi Ferrajoli, realizada en el marco de la **VI Jornada internacional de derecho penal y procesal penal. «Teoría del delito y estándares probatorios en nuestro sistema de juzgamiento»** del Tribunal superior de Cali. La duración de la entrevista fue de 50 minutos y se grabó estando el doctor Luigi Ferrajoli en Roma y el entrevistador doctor Maximiliano Aramburo en Medellín el 16 de junio de 2026. El texto se ha depurado de muletillas y repeticiones propias del habla para facilitar su lectura, conservando íntegramente el contenido y las palabras del profesor. Las marcas de tiempo corresponden a la grabación original.

* Jurista italiano, discípulo de Norberto Bobbio; es uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal, pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales. Ferrajoli se define como un iuspositivista crítico.

** Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Derecho Penal y en Responsabilidad Civil de la Universidad Eafit. Especialista y máster en Argumentación Jurídica y doctor en derecho de la Universidad de Alicante. Conjuce del Tribunal Superior de Medellín, árbitro y miembro de varias asociaciones profesionales (ICDP, IARCE, Colegio de Abogados de Medellín). Profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana y de posgrado en varias universidades del país.

responder, desde el garantismo penal, a esta figura del estándar de prueba?

Doctor L. Ferrajoli: [00:01:42] Es muy sencillo. El estándar de prueba equivale a una regresión premoderna del proceso penal, una regresión al sistema de la prueba tasada.

¿Qué significa estándar probatorio? Significa la identificación —obviamente arbitraria en el plano epistemológico— de una cantidad, de un conjunto de pruebas, de confirmaciones, como necesaria o, peor aún, suficiente para justificar, para fundamentar una sentencia condenatoria. Es un sistema premoderno. Debemos ser conscientes de que ninguna confirmación, ningún elemento de confirmación, es suficiente para justificar una verdad absoluta, una verdad con certeza indudable. Por eso, la libre convicción del juez es un sustituto débil, un sustituto subjetivo ante la imposibilidad de una certeza absoluta, objetiva. Introducir un sustituto de la prueba sin convicción, sin convicción subjetiva, equivale a volver al sistema de las pruebas legales, es decir, a la identificación arbitraria de ciertas pruebas como suficientes.

No debemos olvidar que la prueba, el razonamiento probatorio, no consiste en una deducción desde la prueba hasta la hipótesis de la responsabilidad. Es un procedimiento inductivo, por modus ponens y por modus tollens. Por modus ponens, en el sentido de que, si una tesis es verdadera, es capaz de producir muchas confirmaciones, muchas confirmaciones plausibles, creíbles. Sin embargo, una refutación, una contraprueba, por ejemplo, una coartada, es suficiente para mostrar la falsedad de la hipótesis acusatoria. Y

el libre convencimiento significa la idea, el convencimiento subjetivo, de que no existan otras explicaciones del hecho sometido a juicio y del material probatorio más persuasivas que las pruebas, que las confirmaciones que motivan la condena.

Esta ha sido una conquista del proceso moderno después de la demostración, por parte de David Hume, del carácter inductivo de la verdad empírica. Y hoy sería una regresión. Y creo también que hay una preocupación: hablar de estándar objetivo es el presupuesto, puede ser el presupuesto, para la aplicación de la inteligencia artificial, que podría producir estos estándares objetivos e instrumentalizar al juez, el elemento humano de la jurisdicción, en el momento más importante del juicio.

Creo que esto no es una teoría inocente. Independientemente de la conciencia —pienso en Jordi Ferrer, en otros que sostienen esta tesis—, independientemente de esa conciencia, es posible que esta idea de los estándares objetivos sea el primer paso para utilizar la inteligencia artificial en la construcción de estos estándares probatorios.

Doctor M. Aramburo: [00:06:05] En Derecho y razón, ese hermoso libro bien conocido en América Latina, usted distingue claramente entre la verdad procesal y la verdad absoluta. Y usted trata la libre convicción del juez no como un arbitrio subjetivo, sino como el resultado de un procedimiento que está controlado epistemológicamente. Y, sin embargo, el déficit de cultura y de compromiso que a menudo se observa en la magistratura profesional parece desmentir el modelo en el plano empírico. Si el método cognoscitivo no se aplica en los hechos, ¿el

estándar probatorio no termina siendo un recurso necesario, por imperfecto que sea?

Doctor L. Ferrajoli: [00:07:03] No podemos aceptar esta involución por la incapacidad de los jueces de adoptar un razonamiento inductivo. La diferencia entre verdad absoluta y verdad empírica es evidente. La verdad absoluta solo puede darse en la lógica.

En la lógica y en las matemáticas, que son disciplinas tautológicas, en las que la conclusión está implícita en las premisas. La verdad empírica, no solo la verdad procesal, sino la verdad histórica, la verdad científica, siempre es una verdad relativa. Es necesaria, como regla deontológica, la costumbre de la duda, es decir, la conciencia del posible error. Sin embargo, no hay otra alternativa que un modelo probatorio en el cual la hipótesis, como en todas las novelas policíacas, si es verdadera, es idónea para producir muchas confirmaciones. Y estas confirmaciones, que no son demostraciones, y la ausencia de una desmentida, de una contraprueba, deben ir obviamente acompañadas del convencimiento subjetivo, que debe ser la sustancia de la motivación. La motivación consiste en fundamentar esta convicción subjetiva sobre la base de las muchas confirmaciones.

No es un convencimiento arbitrario, es un convencimiento racional, argumentado por las muchas confirmaciones de la hipótesis acusatoria y por la ausencia de una contraprueba. Yo creo que existe un problema de deontología judicial. Los jueces deben ser conscientes del carácter siempre difícil, problemático, también trágico muchas veces, de este trabajo.

En el cual deben tomar decisiones con la responsabilidad de motivarlas, con la cantidad de confirmaciones que se han formado en el debate, en el contradictorio entre acusación y defensa. Y si no hay una convicción y existe una duda razonable, es necesaria la absolución. En presencia de una duda, es necesario absolver, porque esta verdad no solo no es absoluta, sino que tampoco ha sido adecuadamente probada y confirmada.

La presunción de inocencia es la base de la jurisdicción, es la base del garantismo procesal.

Doctor M. Aramburo: [00:10:34] Entonces, en su concepción, el convencimiento del juez ¿es el resultado de la valoración de la prueba según criterios racionales o es algo distinto?

Doctor L. Ferrajoli: [00:10:51] No es algo distinto, algo diferente. Es la valoración racional acompañada del convencimiento. Esta valoración puede consistir en una valoración positiva, es decir, el conjunto de las confirmaciones. No puede existir solamente una confirmación, porque una hipótesis acusatoria verdadera debe tener muchas confirmaciones, muchos indicios de prueba, muchas pruebas. Si este conjunto de pruebas se valora o se considera suficiente para una condena, en este caso está justificado el juicio de culpabilidad. Si no se valora como suficiente, existe una duda, una duda razonable. Esto justifica la absolución. Es lo mismo: la valoración de la prueba es lo mismo que la convicción o la falta de convicción sobre su suficiencia para plantear y motivar un juicio de condena.

Doctor M. Aramburo: [00:12:17] Si quiere, cambiamos un momento de tema. Volvamos al creacionismo judicial y a la

independencia de la jurisdicción. En su trabajo reciente sobre el creacionismo judicial, o contra el creacionismo judicial, usted sostiene una tesis que quizá sea minoritaria en el debate actual: el carácter cognoscitivo de la jurisdicción, en contraste con las concepciones creacionistas alimentadas por el pospositivismo, por la hermenéutica jurídica y por el nuevo realismo jurídico. Hoy, con gobiernos en muchas democracias que atacan frontalmente la independencia de los jueces, acusándolos de hacer política o de sustituirse al legislador, esta tesis ha adquirido un significado político que quizá no se había previsto.

¿Esta crítica al creacionismo judicial puede ser instrumentalizada por el poder ejecutivo para reducir los márgenes de control jurisdiccional?

Doctor L. Ferrajoli: [00:13:25] Se trata de otro síntoma de regresión premoderna de la cultura jurídica, una regresión irresponsable. Cuando se habla de creacionismo judicial, sin decirlo explícitamente, se quiere decir que la jurisdicción produce nuevo derecho, produce derecho al aplicarlo. Existe la misma relación entre la ley y la jurisdicción que la que hay entre la lengua y el lenguaje.

La jurisdicción hace un uso de la lengua en el lenguaje, nombrando, por ejemplo, como robo un determinado hecho, con un margen de discrecionalidad inevitable. Si la verdad fáctica siempre es solamente probable, altamente probable, pero no absoluta, también la verdad jurídica es opinable, nunca una verdad absoluta.

Yo creo que detrás de la idea creacionista de la jurisdicción existe una idea premoderna, muy vulgar, del conocimiento, de la teoría del conocimiento, que es la misma idea que está detrás de la tesis de Montesquieu

según la cual los jueces son la bouche de la loi, o del silogismo perfecto. Siendo imposible que los jueces sean la bouche de la loi, existe siempre una discrecionalidad interpretativa.

Si podemos constatar que en todos los litigios procesales hay una parte que sostiene una interpretación y otra que defiende una interpretación distinta, y sin embargo ambas están motivadas, debemos ser conscientes de que esto es inherente a la naturaleza misma de la verdad jurídica. Del mismo modo que, en la verdad fáctica, existe una masa de confirmaciones que puede justificar el conocimiento subjetivo, del mismo modo, en la verdad jurídica existe un margen de opinabilidad.

Pero esto significaría que, si confundimos interpretación y creación y consideramos creativa cualquier interpretación, eso quiere decir que tenemos la misma idea de verdad que tenían los ilustrados: esa falsa epistemología de la verdad absoluta, de la verdad jurídica absoluta, paralela a la idea inquisitoria de la verdad absoluta en materia práctica.

Debemos ser conscientes de que existe un margen de discrecionalidad que naturalmente no consiste en la producción de nuevo derecho. Debemos considerar la tesis de que en cualquier proceso se confrontan dos interpretaciones diferentes, y llamamos no prevista en el derecho a la que consideramos creativa, y prevista en el derecho a la que consideramos simplemente interpretación, que no es creación: es la interpretación fisiológica de la ley, que siempre tiene un margen de discrecionalidad.

Y confieso que me siento un poco viejo. Hace cincuenta años, hace sesenta años, cuando era juez, critiqué la idea de la verdad

absoluta de carácter jurídico, que era la idea tradicional de la jurisdicción conservadora, que era la idea de Montesquieu, según la cual el juez es la bouche de la loi, la boca de la ley, diciendo que no existe una discrecionalidad de la cual el juez deba ser responsable y deba motivar la calificación jurídica del hecho de una manera u otra: como robo, como no robo, como apropiación ilegítima.

Y la misma tesis hoy la sostengo contra quienes consideran, paradójicamente, no una verdad absoluta, sino que no hay verdad y, por tanto, que toda interpretación es creación de nuevo derecho; porque conviven con los juristas reaccionarios de mi generación la misma idea de la verdad jurídica como verdad absoluta, como una verdad cierta, objetiva, y cualquier tipo de interpretación se califica como creación.

14

Naturalmente, esto produce una deslegitimación de la jurisdicción, una fuerte deslegitimación, porque, si los jueces crean derecho, esta tesis puede ser utilizada por los populistas en apoyo de la agresión a la independencia de los jueces. Si los jueces crean derecho, deben ser elegidos por el pueblo, deben ser responsables políticamente, depender del poder político.

Cuando, en cambio, la legitimación del juez no solo es diferente, sino opuesta a la elección propia de la política. Debe existir un juez que establezca correctamente lo que se ha producido, lo que ha pasado, y cualquier tipo de condicionamiento solo puede deformar el juicio. Un juez lo es de verdad solo si tiene la fuerza, gracias a su independencia, de absolver en ausencia de pruebas, de confirmaciones, cuando todos —el gobierno, la prensa— exigen la condena; y también frente a un poderoso, en presencia de pruebas, debe tener la fuerza,

la independencia de juicio, de condenar cuando todos exigen la absolucón.

Porque el consenso popular del gobierno no puede convertir en verdadero lo que resulta falso, ni en falso lo que resulta verdadero. Y yo creo también —esto puede parecer una tesis singular— que esta independencia de la jurisdicción es también la máxima garantía del primado de la política, que se expresa en la ley a la cual los jueces están sometidos.

Y la ley es el documento en el que la voluntad política se expresa del modo más alto. Y se expresa de manera previa a la comisión del hecho. Y la sujeción a la ley es la defensa de ese primado de la política, tal como se ha expresado en la ley, que es expresión de la voluntad de la mayoría parlamentaria, de la voluntad popular indirectamente. Mientras que cualquier tipo de dependencia presupone una intervención, un condicionamiento de la judicatura después de la comisión del hecho. Y por tanto entra en contraste con el primado de la política tal como se ha expresado en la ley.

Doctor M. Aramburo: [00:21:48] Profesor, pero en este contexto normativo se ve afectado por un desajuste lingüístico. Usted habla, en la justicia política, de un desajuste lingüístico de las normas como una de las causas de la interpretación jurisprudencial que desemboca en el creacionismo judicial. **¿Cómo se puede preservar el carácter cognitivo de la jurisdicción?**

Doctor L. Ferrajoli: [00:22:16] Es obvio que la verdad procesal, la verdad jurídica, requiere el principio de estricta legalidad. Hoy se está produciendo un colapso de la legalidad con miles y miles de normas, una producción casi compulsiva de nuevas

normas, cuya causa es el populismo y la demagogia. Pero esto no significa que debamos abdicar de la razón.

Esto significa que debemos replantearnos la legalidad. La política tiene una sola manera de subordinar a los jueces a la voluntad de la política: hacer su trabajo produciendo leyes claras y distintas. Existe una paradoja. Solo produciendo leyes claras y distintas, precisas, se produce la sumisión a la ley y se reduce la discrecionalidad. No se puede eliminar, pero se reduce enormemente la discrecionalidad de los jueces. Y esta sumisión a la ley es, al mismo tiempo, la principal garantía también de la necesaria independencia, porque en una actividad intelectual como el sentido de la verdad, ningún condicionamiento es posible: solo puede deformar el correcto ejercicio de la jurisdicción.

No solo la reserva del código, sino todo el derecho penal del código. Para impedir leyes que muchas veces son una antilengua con la que se introduce una frase en la coma tal, del artículo tal, de la ley tal, produciendo un colapso de la claridad del lenguaje. Un único código podría implicar la necesidad, cuando menos, de sistematicidad, de coherencia, de completitud.

Todo lo que no está en el código es lícito y solo lo que está en el código es penalmente relevante. En Italia tenemos, creo, una situación que espero que no exista en otros países. Tenemos casi 30.000 figuras delictivas, algunas de las cuales son totalmente burocráticas, irrelevantes, y que provocan una deslegitimación del derecho penal, de la justicia y de la jurisdicción. Pero esta es una tendencia que se está desarrollando en todo el mundo y que favorece naturalmente los ataques a la independencia de los jueces, porque

esta discrecionalidad excesiva puede ser interpretada como creacionismo.

Tanto más cuanto que los propios juristas, muchos juristas, hablan de creacionismo. El creacionismo es el primer paso hacia la subordinación de la jurisdicción al poder político.

Doctor M. Aramburo: [00:25:50] Si podemos volver un poco a este proyecto final de la Constitución de la Tierra, a la crisis del derecho internacional. Usted describe el proyecto de una federación de la Tierra como una utopía realista. Este proyecto apunta a superar el actual estado de naturaleza entre los Estados mediante una Constitución de la Tierra dotada de garantías efectivas, instituciones propias y derechos fundamentales garantizados. Sin embargo, las dinámicas actuales —la guerra en Ucrania, el conflicto en Gaza, la retirada de Estados Unidos de organismos multilaterales, etcétera— parecen moverse en una dirección exactamente opuesta.

¿Cuáles son, a su juicio, en el mundo actual, las condiciones mínimas de posibilidad para que pueda avanzar este proyecto de la Constitución de la Tierra?

Doctor L. Ferrajoli: [00:26:49] Los saltos de civilización se producen siempre después de una caída. También aquí se produjo el Estado de derecho, después del fascismo, la democracia constitucional. Hoy hay una caída, una caída dramática. Vivimos el momento más dramático de la historia humana. No solo por el flagelo de la guerra y el peligro de un holocausto nuclear.

También el peligro —no es un peligro, es la certeza— de que la Tierra puede volverse inhabitable en el plazo de uno o dos

siglos, si no hacemos nada, si no ponemos límites, restricciones y controles a poderes salvajes: poderes de la política y, sobre todo, poderes de la economía. Naturalmente, este proyecto va en una dirección totalmente opuesta al desprecio por el derecho internacional, a las violaciones sistemáticas; pero precisamente por eso debemos identificar los límites del derecho internacional actual.

No podemos restaurar, cosa que sería muy difícil, lo que ha sido violado. Lo que ha sido violado, la Carta de la ONU, no tenía garantías y su violación era inevitable. No es una constitución rígida, no existe un Tribunal Constitucional global. La función de la Tierra, tomando en serio la Carta de la ONU y tantas cartas de derechos, es introducir garantías para principios que, sin garantías, son solo palabras. Por ejemplo, la paz. No basta con proclamar la paz solemnemente —y esto contradice la Carta de la ONU, la afirmación de la soberanía de los Estados— para que no haya guerras. La única garantía de la paz es la prohibición estricta, como el mayor crimen contra la humanidad, de la producción, del comercio y de la posesión de todas las armas; obviamente de las armas nucleares, pero también de todas las armas de fuego.

Sin armas, las guerras serían imposibles. Sin armas se produciría un derrumbe de la criminalidad. Las cifras son elocuentes. En Europa, en Italia, hay solo 300 homicidios al año. En Brasil hay 50.000. En Estados Unidos había un homicidio al día. Debemos ser conscientes de que, en cada homicidio, en cada guerra, existe la corresponsabilidad moral, junto con el concurso penal por dolo eventual, de estos productores de muerte. Y la prohibición de las armas significa el paso del estado

de naturaleza al estado civil, como decía el teórico del absolutismo Thomas Hobbes. Las armas son el símbolo de la fuerza, de la ley del más fuerte. Y después está el problema climático. Es necesario introducir otra norma en la Constitución de la Tierra que he proyectado y que está impulsando la opinión pública, también en muchos países, también en muchos gobiernos.

Existe la necesidad de introducir un patrimonio público planetario, un patrimonio planetario de rango constitucional, que consista en sustraer a la negociación privada los bienes vitales de la naturaleza. Un garantismo y un constitucionalismo de la supervivencia. Bienes mortíferos que deben prohibirse y bienes naturales vitales que deben ser protegidos. Y después, la igualdad de todos los habitantes de la Tierra: un servicio sanitario global, una escuela global, una renta de ciudadanía global y, sobre todo, un fisco global para financiar la institución de garantías. Yo creo que este es un paso necesario si queremos que la humanidad sobreviva. En la historia de la modernidad podemos distinguir tres fases.

La fase del Estado legislativo de derecho: el garantismo penal. La del Estado constitucional: el garantismo constitucional. Hoy es necesaria una tercera fase, es decir, un constitucionalismo global que consiste en una expansión del constitucionalismo y del garantismo más allá del Estado, que se refiera a los poderes privados y no solo a los poderes públicos, porque también son poderes las autonomías que se manifiestan en el mercado.

Después, un constitucionalismo de los bienes, y no solamente de los derechos. Y un constitucionalismo de la igualdad,

que introduzca garantías de la salud, de la educación, de la subsistencia para todos los habitantes de la Tierra. Naturalmente, esto puede parecer una utopía. Yo creo que puede parecer una utopía solo si adoptamos un realismo vulgar. Vulgar en el sentido de que naturaliza lo que es artificial: la política, la economía, el derecho.

La tesis de que no hay alternativa es una tesis ideológica que trata como fenómenos naturales lo que en realidad son fenómenos artificiales, es decir, la economía, la política y el derecho. Y niegan —pienso en el presidente Trump, que dice que la cuestión ecológica es la mayor estafa de la historia—. Niegan las catástrofes naturales. Creo que aquí existe un papel específico de la cultura jurídica en la defensa de principios que existen —la paz, los derechos humanos— y, sin embargo, faltan las garantías. El proyecto de la Constitución de la Tierra es, precisamente, la realización de estas promesas mediante la introducción de sus garantías y la previsión de un federalismo global que no consiste en un nuevo Estado mundial, sino en lo esencial: las garantías de tres principios y valores que son universales, en el sentido de que son interés de todos: la paz, el medio ambiente natural y la igualdad en los derechos humanos. Las funciones de gobierno deben ser cedidas a los Estados parte, porque su legitimación es la representatividad.

Lo que debe ser federal, universal y globalizado son únicamente las funciones de garantía de estos tres valores: la paz, el medio ambiente y los derechos fundamentales.

Doctor M. Aramburo: [00:34:38] Y, por tanto, ¿usted ve posible una jurisdicción global de constitucionalidad en este proyecto?

Doctor L. Ferrajoli: [00:34:50] Obviamente, si resulta necesaria. El proyecto prevé la introducción de un Tribunal Constitucional global con una fiscalía global, encargada de declarar, de anular, todas las leyes liberticidas. Y, por otra parte, funciones de garantía de los derechos sociales. La Organización Mundial de la Salud debería convertirse en un instrumento de garantía que construya hospitales y brinde asistencia sanitaria en los países en los que no existe una sanidad pública. Lo mismo para la escuela, para una renta universal de ciudadanía.

Tenemos riqueza suficiente. Hay multimillonarios que cada cuatro años duplican su riqueza. Este poder económico desmedido tiene que reducirse, tiene que someterse a una fiscalidad muy progresiva y, sobre todo, al respeto de los bienes vitales de la naturaleza, y a la tutela, a la satisfacción de los derechos humanos.

Es una hipótesis muy difícil. Sin embargo, yo creo que, sin esto, lo que llamo optimismo metodológico —decía Kant—, sin la esperanza de tiempos mejores no habría lugar para ningún progreso. Tampoco habría lugar para la moral y la política. La alternativa existe, depende de los hombres. Y en esta alternativa la cultura jurídica tiene un papel importantísimo en elaborar garantías a la altura de estos conflictos globales, de estos poderes salvajes de la política y de la economía. Y debemos ser conscientes —quisiera concluir con esta tesis— de que la posibilidad existe.

Debemos distinguir —la finalidad de este proyecto es precisamente esa— entre lo que es imposible y lo que es solo improbable. Una Constitución de la ONU no es imposible. Es difícil, puede parecer

improbable, pero es posible. Y si es posible, es algo nuevo y vale la pena perseguirlo. Decía Kant que, si existe la posibilidad, aunque sea solo la posibilidad, de una forma mejor de gobierno, de una solución a los problemas fundada éticamente, esa posibilidad se convierte en un deber moral. Tenemos el deber cívico, y no solo científico, si nos tomamos en serio tantas cartas internacionales que prometen paz y derechos fundamentales, de introducir su garantía en una verdadera Constitución de la Tierra.

Todas ordenadas rígidamente según la constitucionalidad, por encima de todas las demás fuentes, y que en su propio texto introduzca las instituciones de garantía, empezando por la prohibición de la producción de armas, en función de estos tres valores: la paz, el medio ambiente natural y la igualdad en los derechos humanos.

18

Doctor M. Aramburo: [00:38:52] Y, en cualquier caso, tenemos algunas amenazas a la jurisdicción penal en la democracia occidental, que podrían ser las mismas para un Tribunal Constitucional global o una jurisdicción global: esos ataques políticos directos, el creacionismo judicial, el protagonismo mediático, y así sucesivamente.

¿Cómo evitar estos ataques a la independencia de la jurisdicción global en la Constitución de la Tierra?

Doctor L. Ferrajoli: [00:39:34] Esta es una batalla cultural. Estos ataques son el síntoma de la intolerancia, tanto de los poderes políticos como de los poderes económicos, frente a límites, vínculos y controles. En una palabra: intolerancia hacia el constitucionalismo.

Existe un artículo que todos conocéis, el artículo seis de la Declaración de 1789, que dice: «Sin garantía de los derechos y sin separación de poderes no hay Constitución». Son los dos elementos que introducen límites y controles a los poderes legítimos, democráticos, expresión de la autonomía contractual, de la autonomía empresarial, del mercado, que son poderes; la esfera que había llamado la esfera de lo decidible, la esfera del poder.

Que, sin embargo, requiere límites, vínculos y controles de este tipo: límites como garantía de los derechos de libertad, incluso antes, del derecho a la vida; vínculos, es decir, obligaciones como garantía de los derechos sociales; y controles jurisdiccionales. Debemos transformar la Corte Penal Internacional en una jurisdicción obligatoria y, además, ampliar también el número de crímenes contra la humanidad que están previstos en este estatuto.

Se debería prever como crimen contra la humanidad lo que he propuesto en este proyecto. Por ejemplo, el apartheid de género, que existe en países como Irán, como Afganistán, donde las mujeres son oprimidas. Esto es un verdadero crimen contra la humanidad en muchos países.

Pues bien, lo que es necesario es tomar conciencia de que la humanidad no puede sobrevivir a los desafíos que provienen del carácter salvaje de poderes que tienen una potencia incomparable con cualquier tipo de poder de otros tiempos: los poderes militares, el arma nuclear.

Ahora, todo el calentamiento global producido por un desarrollo industrial incontrolado no tiene alternativa. La alternativa es entre el sueño y la pesadilla. Y el sueño es el de una humanidad pacificada,

sin fronteras, sin soberanos, basada en la igualdad, en la paz y en la protección del medio ambiente como condición de supervivencia.

Y la pesadilla es la de una humanidad destinada a un suicidio insensato, produciendo armas destructivas, devastando las condiciones de vida en el planeta, aumentando la desigualdad, explotando el trabajo, provocando guerras, terrorismo. Es siempre un conflicto entre la ley de la razón y la ley de la fuerza, la ley irracional del primado de los intereses del más fuerte.

Hoy es el momento más dramático de esta lucha, y debemos defender la ley de la razón, que requiere una elaboración muy compleja, de tipo constitucional, de tipo global, porque la verdadera polis hoy es el mundo. No tiene sentido considerar e identificar la polis con los Estados nacionales, que están interconectados y dependen de las grandes potencias.

Una refundación constitucional produciría la igualdad entre los hombres y los pueblos sobre la base del principio de legalidad, sobre la base de la garantía de la paz, del medio ambiente y de la garantía de la igual dignidad social de todos los habitantes de la Tierra.

Doctor M. Aramburo: [00:44:29] Quisiera hacer una última pregunta. Cuando yo era estudiante leí su Derecho y razón por influencia de mi profesor de derecho penal, que era Fernando Velázquez. Estamos cerca de los cuarenta años de Derecho y razón. En el panorama latinoamericano, el garantismo penal ha tenido una recepción doctrinal muy fuerte, pero convive con sistemas procesales muy alejados del modelo que usted formuló.

¿Cómo valora usted la influencia real de Derecho y razón en las reformas procesales o en la cultura judicial de nuestros países?

Doctor L. Ferrajoli: [00:45:16] Bueno, ustedes están en condiciones, más que yo, de valorar esta influencia. Tengo la impresión de que Derecho y razón, con sus muchas ediciones, gracias a la magnífica traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y de otros amigos, ha sido leído por muchos juristas.

La ventaja de otras teorías es su mayor simplicidad, su carácter mucho más simple, el menor compromiso que requiere la idea de un creacionismo judicial, de la ponderación confiada al legislador y al juez sobre qué principio aplicar; la desconstitucionalización, esto significa, de nuestro ordenamiento. Son culturas, en mi opinión, que sin una verdadera conciencia —yo he discutido mucho con muchos de estos amigos—, independientemente de sus intenciones, pueden favorecer una regresión premoderna en un momento en el que se requiere la máxima eficacia del papel de garantía de la jurisdicción, del papel de garantía del derecho.

He dedicado toda mi vida a esta lucha por limitar poderes salvajes en distintos niveles. Y hoy creo que el problema mayor es tomar conciencia de que las fronteras, las soberanías, los Estados nacionales ya no tienen sentido. El mundo está unificado, conectado. Tenemos los mismos problemas. No hay diferencias entre europeos, americanos, africanos y chinos. Estamos todos en la misma barca, en el mismo planeta, expuestos a las mismas amenazas, a los mismos peligros. Y tenemos la necesidad de actuar. Nunca ha habido una Constitución universal del

mundo: la Carta de la ONU, tantas cartas de derechos humanos, introduciendo sus garantías. Esa es la última fase del garantismo, un garantismo más difícil.

Sobre todo, el garantismo frente a los poderes privados, que han adquirido una fuerza sin precedentes respecto del pasado. Y una confusión de poderes entre el poder económico y el poder político. Los poderes políticos están financiados, es decir, corrompidos por la financiación, por las campañas electorales estadounidenses. Se necesitan mil millones de dólares para ser presidente, y también millones para ser senador. Esto significa que los electores eligen a los financiadores, y no a los candidatos. Esto significa un poder verdaderamente absoluto de la economía. Dos absolutismos: el absolutismo político y el absolutismo económico, más poderoso que el absolutismo político. No tenemos otra respuesta racional que no sea la limitación de los poderes. Poderes que deben ser limitados, vinculados y controlados. No es fácil, pero es necesario

si queremos sobrevivir y queremos garantizar nuestra propia dignidad, la dignidad de la persona.

Doctor M. Aramburo: [00:49:44] Muchísimas gracias, profesor Ferrajoli, en nombre del Tribunal Superior de Cali, y en esta sexta jornada sobre derecho penal y procedimiento penal. Quisiera volver a agradecerle estas profundas reflexiones. Esperamos seguir leyendo y escuchando sus recomendaciones.

Doctor Luigi Ferrajoli: [00:50:11] Ha salido un segundo volumen sobre la construcción de la Tierra, para proyectar el futuro, que salió hace un mes. Y ahora, en septiembre, saldrá un tercer libro que se titula «Por una federación de la Tierra» y propone un modelo nuevo de federalismo, más actual que el modelo federal kantiano y también que el modelo federal de Kelsen y de Bobbio, porque está planteado sobre una función de garantía y no una función de gobierno.

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Ana Julieta Argüelles Daraviña

Resumen:

Se examina el impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el derecho penal colombiano desde 1991, destacando su papel como garante de los límites al poder punitivo y de los derechos fundamentales. A través del control de constitucionalidad y la tutela, ha influido en la legislación, la política criminal y la práctica judicial. Sus decisiones han fortalecido principios como legalidad, proporcionalidad, debido proceso y favorabilidad, así como la protección de víctimas y personas privadas de la libertad, consolidando un enfoque garantista del derecho penal.

Palabras clave: Corte Constitucional, derecho penal, jurisprudencia, derechos fundamentales, política criminal, control de constitucionalidad, garantías procesales.

21

1. Introducción

La Corte Constitucional colombiana, desde su creación en 1991 con la entrada en vigor de la nueva Constitución y su inicio de funciones el 17 de febrero de 1992, ha desempeñado un papel fundamental en la transformación del orden jurídico nacional, cumpliendo a cabalidad la misión encomendada de salvaguardar la supremacía e integridad de nuestra Carta Política. Salvaguarda que por demás constituye un derecho fundamental

que la Alta Corporación ha procurado con celo a todos los habitantes de nuestro territorio.

En este breve documento, se hará énfasis en el significativo impacto de su jurisprudencia en el ámbito del derecho penal, en particular, pues no solo ha contribuido en la interpretación de normas penales, sino también en la correlativa garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. A través del control de constitucionalidad y de las decisiones

* Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali. Abogada egresada de la Universidad Santiago de Cali, especialista en derecho penal y constitucional, Magister en Ciencias penales y criminológicas. Integrante activa de la Red de Formadores Judiciales de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

en sede de tutela, la Corte ha establecido precedentes vinculantes que han influido en la legislación penal, la política criminal y la actuación de jueces y fiscales en los casos que deben resolver en el día a día.

2. El papel de la Corte Constitucional en el derecho penal

Recordemos que el derecho penal, como manifestación del poder punitivo del Estado, está sujeto a estrictos límites constitucionales. La Corte Constitucional ha actuado como garante de estos límites, asegurando que las normas penales se ajusten a los principios del Estado Social de Derecho, entre ellos: principio de legalidad, presunción de inocencia, dignidad humana, proporcionalidad de las penas, debido proceso, *non bis in idem*.

3. Influencia en la política criminal

Las decisiones de la Corte han influido en la formulación de la política criminal del Estado, frenando tendencias punitivistas excesivas y promoviendo una visión garantista del derecho penal. Esto ha generado tensiones entre el legislador y el tribunal constitucional, pero también ha fortalecido el papel del derecho penal como instrumento de protección de derechos y no solo de represión.

4. Jurisprudencia destacada e impacto en áreas clave del derecho penal

4.1. Principio de legalidad y tipicidad

A título meramente ejemplificativo, la Corte ha declarado inexecutable normas

penales por falta de claridad o por violar el principio de legalidad, exigiendo que las conductas sancionadas penalmente estén definidas con precisión. Ejemplo de esto es la Sentencia C-559 de 1999, en la cual se declaró inconstitucional un tipo penal por su ambigüedad y vaguedad¹.

4.2. Derechos de las personas privadas de la libertad

A través de múltiples sentencias², la Corte ha desarrollado una doctrina sobre el estado de cosas inconstitucional – ECI en el sistema penitenciario, ordenando medidas estructurales para proteger los derechos de los reclusos, incluyendo condiciones dignas, acceso a salud y garantías procesales, sin que cese en su empeño de hacer vigente la Carta Política, haciendo seguimiento continuo de las acciones gubernamentales en torno al tópico, siendo extendido el estado de cosas inconstitucional a los centros de internación transitoria.

4.3. Control de proporcionalidad en las penas

La Corte ha revisado la razonabilidad y proporcionalidad de las penas, anulando normas que imponen sanciones excesivas o desproporcionadas frente a la gravedad del delito. En la Sentencia C-070 de 1996, por ejemplo, se declaró la constitucionalidad condicionada de una norma³, que prescribía como circunstancia de agravación una cuantía que había decaído por desactualización, siempre y cuando la expresión «cien mil pesos» se entendiera en términos del poder adquisitivo del peso en el año 1981, fecha en que entró a regir el Código Penal del 80.

¹ Artículo 68, Ley 488 de 1998. Por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales.

² T-153 de 1998 y la T-388 de 2013, T- 762 de 2015 y SU 122 de 2022.

³ Artículo 372 numeral 1 del Decreto 100 de 1980.

4.4. Derechos de víctimas y enfoque de género

La jurisprudencia constitucional ha tenido un papel crucial en la protección de los derechos de las víctimas del delito garantizando su participación dentro del proceso penal desde sus fases tempranas hasta su culminación, como claramente lo orientó en la sentencia C-209 de 2007. Así también ha amparado los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, especialmente en contextos de violencia sexual, como en la Sentencia SU 360 de 2024, por ejemplo, reforzó el deber del Estado de investigar, sancionar y prevenir la violencia contra las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, conminando a los jueces a realizar un control material más o menos amplio sobre los actos de imputación o acusación de la fiscalía en temas como la legalidad, tipicidad o vulneración al debido proceso, como a las demás autoridades accionadas para que en lo sucesivo apliquen tanto los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en los asuntos de su conocimiento, como la obligación constitucional de atender la perspectiva de género en sus decisiones, impactando el diseño e interpretación de normas penales y la jurisprudencia de la justicia ordinaria penal.

4.5. Justicia transicional y conflicto armado

En contextos de justicia transicional, la Corte ha establecido límites y condiciones para que los procesos de paz no vulneren los derechos de las víctimas ni el principio de justicia. La Sentencia C-579 de 2013 validó parcialmente el Marco Jurídico para la Paz, estableciendo parámetros para la aplicación de penas alternativas a responsables de crímenes atroces.

5. Decisiones emblemáticas de la Corte Constitucional en la armonización del proceso penal con la Constitución

Se destaca ahora, por su relevancia y actualidad, algunas providencias emblemáticas de la Corte Constitucional que han afinado la conformidad de las normas e institutos procesales penales con nuestra Carta Política, centrándose en cinco tópicos que se consideran de transversal importancia: la atemporalidad del derecho a la defensa, la naturaleza de derecho fundamental del principio de favorabilidad en materia penal, parámetros del control judicial a los preacuerdos, plazo razonable y estándares de motivación de la privación de la libertad en el sentido del fallo.

A.- Derecho a la defensa y su atemporalidad

- Sentencia C-412 de 1993, (obligación de informar al indiciado sobre investigación en su contra)

El derecho del imputado a conocer la investigación que se adelanta en su contra, a ejercer en este caso su derecho de defensa y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, a oponerse que su domicilio sea registrado salvo que se haga con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para sólo citar algunos de sus derechos constitucionales fundamentales, obran como razones suficientes para considerar que desde la perspectiva constitucional el proceso comienza desde que las autoridades de Policía o de Fiscalía reciben la *notitia criminis*, como quiera que a partir de ese momento el Estado despliega su poder investigativo y su capacidad para limitar e intervenir en la órbita de los derechos y de la libertad de las personas reconocida constitucionalmente.

El derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene en virtud de una sentencia en firme, se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda, desde esta etapa, ejercer su derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas.

Puede así mismo sostenerse que las personas involucradas en los hechos punibles tienen un verdadero derecho al proceso cuya naturaleza y configuración en el Estado democrático debe ser eminentemente participativa. Este derecho de estirpe constitucional se niega cuando, desvirtuando su función, se prolonga irrazonablemente la etapa pre-procesal de la investigación previa, pese a la existencia de imputado y a la conflictividad actual o potencial de su relación con el Estado. Se vulnera ese derecho también frente a la persona investigada a quien no se le comunica oportunamente esa situación. Estas violaciones pueden darse como consecuencia de la indefinida dilación temporal de la investigación previa.⁴

- Sentencia C-799 de 2005

En el artículo 8º de la Ley 906 de 2004, el legislador fijó las diferentes condiciones para hacer efectivo el derecho de defensa. Esta norma, en su inciso 1º, estableció textualmente lo siguiente: «En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del

órgano de persecución penal, en lo que se aplica a: (...)»⁵.

Esa limitación dispuesta en la frase subrayada para ejercer las facultades de la defensa en la etapa previa a la imputación fue demandada por inconstitucional ante la Corte Constitucional, quien, en sentencia C-799 de 2005, declaró su exequibilidad condicionada. Para el efecto la Corporación determinó los alcances del derecho de defensa en el ámbito penal y definió su conexión frente a la materialización del valor de justicia⁶.

- Sentencia C-210 de 2007

La Corte Constitucional efectuó un análisis sobre las pautas que deben observar la integración y designación de la defensa en cabeza del indiciado. En efecto, en razón a una demanda contra los artículos 118 y 119 de la Ley 906, se ocupó de estudiar la naturaleza de la defensa técnica, conforme a los cambios realizados al interior del «nuevo» procedimiento de investigación criminal y, sobre ese asunto, afirmó que: «el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el **deber de recaudar por cuenta propia** el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable».

⁴ Declarándose inexecutable el artículo 324 del decreto 2700 de 1991² T-153 de 1998 y la T-388 de 2013, T-762 de 2015 y SU 122 de 2022.

⁵ CC T-920-2008.

⁶ *Ibidem*.

- Sentencia T-920 de 2008

Siguiendo esa línea de pensamiento, la Corte Constitucional justificó una interpretación incluyente del artículo 8° de la Ley 906, es decir, extendió las garantías de la defensa a la etapa previa a la imputación, a partir de la relación de varias hipótesis en donde se hacía necesaria la participación del indiciado dentro de las diligencias penales. En consecuencia, la Corporación advirtió que dichas garantías⁷ se activan -inclusive- desde el trámite de la indagación y condicionó constitucionalmente la interpretación y aplicación de la norma rectora.

B.- Principio de favorabilidad en materia penal - Naturaleza de derecho fundamental de aplicación inmediata y carácter intangible.

- Sentencias C-371 de 2011 y C-225 de 2019

La aplicación del principio de favorabilidad estareaquecompetealjuezdeconocimiento, en cada caso particular y concreto, pues solo a él le corresponde determinar cuál es la norma que más beneficia o favorece al procesado. Esto significa que el referido principio no es predicable frente a normas generales, impersonales y abstractas, como ya ha tenido oportunidad señalarlo la Corte: «En principio, el carácter más o menos restrictivo de una disposición penal, por sí misma, no quebranta la Constitución. El principio de favorabilidad, plasmado en el tercer inciso del artículo 29 de la C.P., se dirige al juzgador y supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables. La aplicación preferente de la norma favorable no significa la

inconstitucionalidad de la desfavorable dejada de aplicar, tacha que solo puede deducirse de su autónomo escrutinio frente a la Constitución». (...) «El juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especiales, está positivamente vinculado, como todo hermeneuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley permisiva o favorable, máxime cuando ésta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (C.P. art. 29)».

C.- Control judicial a los preacuerdos y negociaciones

- Sentencia SU-479 de 2019

La Sala plena de la Corte Constitucional concluyó que, si bien no hay doctrina pacífica en la Corte Suprema de Justicia, sobre el alcance de las facultades de los jueces frente a los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el procesado, sí puede sostenerse que (i) la facultad discrecional de los fiscales delegados para preacordar es reglada y se encuentra limitada, y que (ii) los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo; por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido respetados por el ente acusador al momento de negociar. No obstante, aclaró que el tipo de análisis que le compete realizar a los jueces penales de conocimiento es un control de límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturalizaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano.

⁷ Artículo 8° de la Ley 906 de 2004.

Así también indicó que el control que realizan los jueces de conocimiento de los preacuerdos, a diferencia de lo dispuesto por algunas sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Radicado 39886, 13 de octubre de 2013), no se advierte incompatible con el papel imparcial que corresponde al juez en un modelo acusatorio.

D.-Plazorazonabledejuzgamiento

- Sentencia T-099 de 2021

El desconocimiento del plazo razonable viola la garantía de acceso oportuno a la administración de justicia. No obstante, si bien la administración de justicia debe ser en tiempo, como un elemento esencial de la garantía efectiva de un debido proceso, no todo retardo en la adopción de una decisión judicial genera *per se* una infracción a la Constitución. Para que esto ocurra, se debe probar que la dilación injustificada tuvo origen en la falta de diligencia del funcionario judicial en el cumplimiento de sus deberes o que el plazo del proceso sea irrazonable. Como ya se ha advertido, el concepto de plazo razonable es indeterminado, pero determinable y procura acudir al análisis de las especificidades de cada caso en particular.

E.- Estándar de motivación para privar de la libertad aun frente a sentido de fallo condenatorio

- Sentencias SU-220 de 2024 y SU-120 de 2026

Fija el estándar de motivación que debe cumplir el Juez de conocimiento para privar de la libertad al emitir el sentido del fallo o al proferir la sentencia condenatoria de primera instancia. Precisando:

1. No es necesario que el Juez de conocimiento motive en el sentido del fallo, ni en la sentencia, que el procesado continúe en libertad mientras la sentencia cobra ejecutoria.
2. Ante circunstancias específicas el Juez de conocimiento puede determinar – previa motivación suficiente – la necesidad de privar de la libertad al procesado, aunque la sentencia no se encuentre en firme o aun desde el sentido del fallo.⁸
3. Como quiera que las medidas privativas de la libertad son excepcionales, en caso de decidir privar de la libertad desde el sentido del fallo o desde la sentencia escrita, tiene el DEBER de motivar esa determinación: analizando no solo la procedencia o no de los subrogados penales, sino también otras circunstancias específicas del caso concreto, como el arraigo social del procesado, su comportamiento durante el proceso, el quantum punitivo al que se expone, entre otros aspectos.

⁸ Inciso 2 del artículo 450 CPP

6. Conclusión

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido decisiva en la evolución del derecho penal y procesal penal colombiano, además gracias a su intervención se ha consolidado una interpretación del derecho penal acorde con los valores y principios constitucionales, lo que ha contribuido al fortalecimiento del Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales. Ha permitido a través del ejercicio de la guarda y supremacía de la Carta Política que abriga los fundamentos basilares del proceso penal con división de funciones

de investigación y acusación, delinear los institutos propios de un sistema muy singular de enjuiciamiento criminal como es el colombiano. A pesar de los retos y controversias que esto puede generar, su impacto ha sido positivo y necesario para el equilibrio entre el poder punitivo del Estado y la dignidad humana, pues en palabras del jurista Claus Roxin:

*«El estado de derecho debe proteger al individuo no solo **mediante** el derecho penal, sino también **del** derecho penal»*

Y nuestra Corte Constitucional muy bien lo ha comprendido.

ESCRUTINIO JURÍDICO EN TIEMPOS DE IA: ¿DONOSO O REFORZADO?

*Mónica Teresa Hidalgo Oviedo**

«Del donoso escrutinio que el cura y el barbero hicieron en la librería de nuestro ingenioso hidalgo.

El cual aún todavía dormía. Pidió las llaves, a la sobrina, del aposento donde estaban los libros, autores del daño, y ella se las dio de muy buena gana. Entraron dentro todos, y la ama con ellos, y hallaron más de cien cuerpos de libros grandes, muy bien encuadernados, y otros pequeños; y, así como el ama los vio, volvióse a salir del aposento con gran priesa, y tornó luego con una escudilla de agua bendita y un hisopo, y dijo:

-Tome vuestra merced, señor licenciado: rocíe este aposento, no esté aquí algún encantador de los muchos que tienen estos libros, y nos encanten, en pena de las que les queremos dar echándolos del mundo.

Causó risa al licenciado la simplicidad del ama, y mandó al barbero que le fuese dando de aquellos libros uno a uno, para ver de qué trataban, pues podía ser hallar algunos que no mereciesen castigo de fuego.

-No -dijo la sobrina-, no hay para qué perdonar a ninguno, porque todos han sido los dañadores; mejor será arrojarlos por las ventanas al patio, y hacer un rimerito dellos y pegarles fuego; y si no, llevarlos al corral, y allí se hará la hoguera, y no ofenderá el humo».

(Tomado de: «El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha» (1605). Primera parte. Capítulo VI)

Resumen:

Este artículo propone el escrutinio jurídico reforzado como estándar intensificado de control frente al uso de inteligencia artificial por los operadores jurídicos, desde la óptica de una laboralista. Esto se plantea en oposición al «donoso escrutinio» que rememora la cita literaria. La tesis central sostiene que, cuando una herramienta de IA interviene en actos decisionales —como parece inevitable ante la proliferación de estas herramientas—, no bastan los controles ordinarios de legalidad y motivación. Así como en El Quijote los

* Declaración de transparencia: La autora utilizó herramientas de inteligencia artificial (ChatGPT) únicamente como apoyo editorial para corrección de estilo, organización formal y normalización de referencias, bajo revisión humana integral y responsabilidad autoral exclusiva. La línea argumental es exclusivamente humana.

* Magistrada Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Cali.

libros son percibidos como potenciales agentes de distorsión de la realidad —capaces de «contagiar» la locura al protagonista—, hoy los sistemas algorítmicos y las creaciones generadas por inteligencia artificial son objeto de sospecha por su opacidad, su tendencia a la alucinación, sus sesgos, la automatización acrítica y la apariencia de corrección. En ambos casos emerge la tentación de responder mediante mecanismos de exclusión o control indiscriminado. Por ello, el artículo integra el examen de la regulación vigente desde una perspectiva comparada, las directrices de la OIT sobre IA y trabajo decente, y algunos casos de aplicación judicial de lo que podría ser el escrutinio jurídico reforzado.

Palabras clave: inteligencia artificial, escrutinio reforzado, debido proceso, trabajo decente, transparencia algorítmica, motivación judicial.

1. Introducción: el paso de un escrutinio donoso a uno reforzado

El concepto de escrutinio proviene del latín *scrutinium*, que remite a la idea de búsqueda o examen minucioso, derivada del verbo *scrutari*, que significa investigar o indagar cuidadosamente. Esta acepción primigenia no se reduce a una mera observación superficial, sino que implica una acción intensiva de verificación orientada a descubrir aquello que no es evidente, incluso entre fragmentos o residuos, como lo sugiere su vínculo con la noción de *scruta*, entendida como restos o desechos. Desde esta perspectiva, el escrutinio es, en su origen, un ejercicio de búsqueda de verdad a través de la descomposición analítica de la realidad (Etymonline, 2026; Veschi, 2020).

En su evolución semántica, el término adquiere un sentido más abstracto y normativo, definido en la lengua española como el «examen y averiguación exacta y diligente que se hace de algo para formar juicio de ello». Esta definición pone de relieve los elementos estructurales del concepto: la rigurosidad del examen, la finalidad de conocimiento y la función

de juicio. Tales componentes permiten comprender el escrutinio como una actividad cognitiva orientada a la toma de decisiones, en la cual la validez del resultado depende de la calidad del proceso de examen previo (Real Academia Española, 2026).

Por ello, el capítulo VI de Don Quijote de la Mancha, titulado «Del donoso escrutinio que el cura y el barbero hicieron en la librería de nuestro ingenioso hidalgo», permite apreciar el sobresalto que una producción humana entusiasta —los libros baratos y accesibles— empezó a generar hacia finales del siglo XVI, hasta el punto de proponer su destrucción o la necesidad de una «tutela pedagógica de la lectura» (Peña Díaz, 2005, p. 943).

La expresión «escrutinio donoso» muestra que, lejos de ser un examen objetivo, el ejemplo quijotesco se acompaña de juicios arbitrarios, criterios inconsistentes y decisiones contradictorias. Como ha destacado la doctrina, esta escena representa una forma de «inquisición» literaria en la que los libros son examinados y, en su mayoría, condenados a la hoguera, evocando así las prácticas censorias propias

de la época (Peña Díaz, 2005). Por ello, se trata de evitar el «donoso escrutinio», en el que concurren: (i) ausencia de reglas claras, (ii) prejuicios y (iii) reticencia a adentrarse en la producción.

Esto se explica porque el estándar contemporáneo del escrutinio jurídico reforzado, propio del Estado constitucional de derecho, se erige sobre una estructura garantista que impone exigencias de racionalidad, motivación y control intersubjetivo. En el ámbito del derecho constitucional comparado, el escrutinio considera la aplicación de determinados niveles de intensidad en el control de las decisiones estatales, especialmente cuando estas afectan derechos fundamentales, lo que supone la adopción de criterios verificables y predecibles de análisis (Breslin & Lewis, 2022). La diferencia entre ambos modelos puede sintetizarse en un eje conceptual fundamental: mientras el escrutinio cervantino revela los riesgos del juicio sin método, el escrutinio jurídico reforzado representa la institucionalización del juicio con método o de un debido proceso expandido. En efecto, en este último no solo se protege a las partes, sino también al sistema decisonal en su conjunto y a su función democrática. De ahí que involucre legitimidad institucional, confianza ciudadana, rendición de cuentas, transparencia proactiva (Gutiérrez y Castellanos, 2023) y participación informada. Todo ello permite escrutar no solo la decisión, sino cómo, con qué herramientas y bajo qué controles se adoptó. Tales elementos, sin duda, están ausentes en el episodio literario.

No obstante, la relevancia de la comparación no se agota en una oposición abstracta entre pasado y presente. Por el contrario, adquiere una particular

actualidad en el contexto de la inteligencia artificial. Mientras en *El Quijote* los agentes dañinos eran los libros, en la época actual las decisiones y creaciones resultantes de las aplicaciones de IA son miradas con recelo, e incluso, no válidas.

La lección cervantina, sin embargo, advierte sobre los peligros de tal aproximación. El «donoso escrutinio» muestra que un examen carente de criterios racionales puede degenerar fácilmente en censura, al confundir la crítica con la supresión. En este sentido, el paralelismo con la regulación contemporánea de la inteligencia artificial resulta evidente: frente a la complejidad de los sistemas automatizados, el derecho no puede limitarse a prohibir o descalificar de manera generalizada, sino que debe desarrollar herramientas de análisis que permitan distinguir entre riesgos reales y meramente hipotéticos, entre errores corregibles y afectaciones sustanciales de derechos.

En este marco, el escrutinio jurídico reforzado se presenta como la respuesta institucional adecuada. Lejos de reproducir un «escrutinio donoso» —esto es, aparente, arbitrario o ideologizado—, exige un control más intenso precisamente allí donde la decisión se vuelve más opaca o más riesgosa. De este modo, la intensidad del escrutinio se incrementa en función de factores como la afectación de derechos fundamentales, la asimetría informativa o la dificultad de comprender los procesos decisorios implicados, lo que resulta especialmente pertinente en el caso de decisiones asistidas por inteligencia artificial.

La transición conceptual entre ambos modelos permite afirmar que el desarrollo del escrutinio jurídico reforzado constituye

una respuesta civilizatoria a los riesgos del escrutinio sin reglas. Si Cervantes, mediante la ironía, pone en evidencia la arbitrariedad inherente a los juicios carentes de método, el constitucionalismo contemporáneo recoge esa advertencia para estructurar un modelo de control fundado en la razón pública, la transparencia y la garantía de derechos. Así, el escrutinio deja de ser un instrumento de exclusión para convertirse en una técnica de legitimación democrática de las decisiones jurídicas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido una lógica análoga al exigir justificación estricta frente a estereotipos, discriminación estructural o restricciones intensas a derechos, como se observa en *Atala Rizzo y Niñas vs. Chile* («escrutinio estricto») e *I.V. vs. Bolivia* («escrutinio acucioso y ponderado»). El representante en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Scott Campbell, el 12 de marzo de 2026, en la Audiencia Pública sobre el Proyecto de Ley de Inteligencia Artificial 043 de 2025 (Senado) y 324 de 2025 (Cámara), señaló: «Dado que los sistemas de IA amplifican el poder estatal mediante la escala, la automatización, la capacidad predictiva y la opacidad técnica, su uso en vigilancia, funciones policiales, procesos judiciales, control migratorio, gestión fronteriza y operaciones militares exige un escrutinio jurídico reforzado. La regulación preventiva no es una opción política discrecional, sino una obligación derivada de los tratados internacionales» (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, 2026).

La encíclica Magnífica Humanitas, de León XIV, «sobre la custodia de la persona humana en el tiempo de la inteligencia

artificial», califica la herramienta como una «ayuda valiosa» que exige un «enfoque prudente y cauteloso». «Pedir prudencia, controles rigurosos y, en ocasiones, también una ralentización en la adopción de la IA no significa estar en contra del progreso, sino ejercitar un cuidado responsable hacia la familia humana. Esta exigencia es aún más urgente porque existe a menudo un desequilibrio entre la velocidad del desarrollo tecnológico y el ritmo al que maduran la conciencia, las normas, los controles y las instituciones capaces de gobernar sus efectos» (León XIV, 2026).

La OIT refuerza esta lectura desde el mundo laboral. En la 114.^a Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 2026), su director general sostuvo que «el futuro del trabajo no estará determinado únicamente por la tecnología», sino por las políticas, las instituciones y el diálogo social que la orienten. Esa afirmación desplaza el debate desde el tecnodeterminismo hacia la responsabilidad democrática: no se pregunta solo qué puede hacer la IA, sino quién decide su uso, con qué fines, bajo qué controles y con qué distribución de beneficios y riesgos (Organización Internacional del Trabajo, 2026a).

Sobre la base de estos antecedentes, el presente estándar aumenta la carga de justificación cuando se comprometen categorías sospechosas, sujetos de especial protección o derechos fundamentales. He aquí el estándar intensificado de control aplicable a todo uso jurídico de IA.

2. Regulación comparada y directrices OIT

Europa ha construido el modelo más robusto de gobernanza jurídica de la IA. El Reglamento (UE) 2024/1689, conocido como Reglamento Europeo de Inteligencia

Artificial, adopta un enfoque basado en riesgos: usos prohibidos, sistemas de alto riesgo y modelos de uso general. Define su gobernanza y regula la creación de bases de datos, vigilancia, códigos de conducta, directrices y sanciones. La administración de justicia aparece como un campo sensible, pues los sistemas usados para apoyar decisiones judiciales, investigación jurídica, priorización de asuntos o evaluación de personas pueden afectar derechos fundamentales. Exige, además, «supervisión humana reforzada» en sistemas de identificación biométrica (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024).

Antes de ese reglamento, la Carta Ética de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ, 2018) ya había formulado principios de respeto de derechos fundamentales, no discriminación, calidad, seguridad, transparencia, imparcialidad, equidad y control del usuario. Este último implica: revisión en cualquier momento de las decisiones y los datos utilizados, información sobre el carácter vinculante de las soluciones ofrecidas por la IA, derecho a objetar el procesamiento previo por IA y alfabetización informática para usuarios.

China representa un modelo estatal-integracionista. En octubre de 2025, propuso en el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico crear WAICO (Organización Mundial de Cooperación en Inteligencia Artificial), con el fin de configurar un sistema de gobernanza global para la IA. La regulación se orienta a temas como la ciberseguridad, los datos personales, la síntesis profunda, el etiquetado de contenido generado por IA —desde el 1 de septiembre de 2025— y las directrices judiciales de la Corte Suprema Popular.

Para el año 2030, sus tribunales populares, sin dejar de lado el principio de no sustitución del juez, plantean un sistema que mejore la asistencia de la IA en orientación y revisión de pruebas, clasificación y categorización de expedientes, desviación automática de casos complejos y sencillos, generación automática de registros judiciales, investigación e incautación de bienes asistida por IA, presentación electrónica automática de casos, inspección de irregularidades judiciales, prevención y control del riesgo de corrupción judicial, y promoción de nuevos métodos de resolución de conflictos sociales. Estas medidas persiguen fortalecer «el diseño de alto nivel de aplicaciones de IA, la construcción de centros de datos judiciales y cerebros judiciales inteligentes, (...) ofrecer continuamente productos y servicios avanzados de IA judicial, (...) [y] reforzar la investigación sobre tecnologías clave de IA» (Opinions of the Supreme People's Court on Regulating and Strengthening the Applications of Artificial Intelligence in the Judicial Fields, 8 de diciembre de 2022). La ventaja es la capacidad de escala y coordinación; la alerta es la posible centralización, opacidad y reducción de garantías cuando no existen contradicción, independencia judicial y explicación pública suficiente.

Estados Unidos muestra un modelo policéntrico: guías judiciales, opiniones éticas, políticas internas y sanciones. Su experiencia enseña que la IA generativa no solo produce errores: produce errores con forma jurídica verosímil. Las citas falsas y los precedentes inexistentes revelan que el mayor riesgo no es la herramienta aislada, sino el usuario jurídico que renuncia a verificar. Cabe destacar el acuerdo preliminar de SAG-AFTRA y los estudios de Hollywood (2026), porque visibiliza la

capacidad de los trabajadores de incidir en la configuración normativa de cada sector. Las cláusulas sobre «sintéticos» generados por IA, el consentimiento obligatorio para usos sensibles de réplicas y la fijación de pagos mínimos y residuales por uso de réplicas digitales muestran el papel del diálogo social.

A nivel de Iberoamérica, 23 países miembros de la Cumbre Judicial promueven el Código Ético Iberoamericano para el uso de la inteligencia artificial (2026) como propuesta regional que estipula como directrices prácticas: (i) evaluación detallada de los riesgos, (ii) monitoreo continuo (Consejo de Monitoreo), (iii) formación y capacitación con metodologías inclusivas, y (iv) conformidad y cooperación internacional, garantizando fiscalización periódica. Recomienda «mecanismos rigurosos de escrutinio» en procesos de naturaleza penal (art. 15), uso responsable de la IA con posibilidad de «evaluaciones rigurosas», «suspensión cautelar del sistema» (art. 16), atribución de responsabilidad para desarrolladores y operadores de sistemas de IA (art. 17), así como auditorías continuas.

Brasil ha avanzado mediante reglas del Consejo Nacional de Justicia; Chile se aproxima a un modelo de riesgos; Argentina y México desarrollan protocolos y criterios judiciales. En la región, la IA puede apoyar sistemas congestionados, pero también profundizar desigualdad, informalidad, brecha digital y captura tecnológica. Por ello, el escrutinio reforzado latinoamericano debe incorporar enfoque diferencial y del curso de la vida que considere pobreza, ruralidad, discapacidad, género, pueblos étnicos, trayectorias y transiciones.

La OIT ofrece una brújula especialmente importante con su Observatorio de la IA y el trabajo en la economía digital. Su informe para la Conferencia de 2026, «Un momento decisivo: aprovechar la inteligencia artificial para promover el trabajo decente», identifica la IA como oportunidad y riesgo para el trabajo decente. Advierte la necesidad de «salvaguardias adecuadas», pues, sin ellas, la IA reduce tiempos de ejecución, aumenta las «expectativas de productividad y presión temporal», afecta la autonomía, agudiza la vigilancia y monitorización continua, e intensifica la sobrecarga cognitiva. Por ello, el diálogo bipartito y tripartito es importante para una adopción justa, inclusiva y acorde con los lugares de trabajo, a fin de potenciar «la acción humana en lugar de sustituirla». La 114.^a Conferencia Internacional del Trabajo culminó con la aprobación del Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas y el llamado al uso responsable de sistemas automatizados de toma de decisiones (Organización Internacional del Trabajo, 2026a, 2026b).

3. Legislación colombiana aplicable

La Constitución Política ofrece el punto de partida: dignidad humana, igualdad, intimidad, habeas data, trabajo digno, debido proceso, buena fe, prevalencia del derecho sustancial y acceso a la justicia. La IA no puede convertirse en un atajo para debilitar esas garantías.

En el proceso laboral, el artículo 76 de la Ley 2452 de 2025 autoriza el uso de tecnología disponible para automatizar procesos, facilitar y agilizar el acceso a la justicia y ampliar cobertura. Sin embargo, su parágrafo segundo exige que la reglamentación garantice «el respeto por los derechos y garantías del ciudadano». La

norma, entonces, no es una autorización abierta para automatizar la justicia laboral, sino una habilitación condicionada: la tecnología puede facilitar, pero no sustituir la función jurisdiccional ni erosionar publicidad, contradicción, defensa, motivación, igualdad real y revisión humana.

En el derecho laboral sustantivo, los artículos 29 y 30 de la Ley 2466 de 2025 constituyen una regla pionera de transparencia algorítmica. El artículo 29 obliga a informar sobre sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones en plataformas digitales de reparto, especialmente cuando incidan en acceso a pedidos, ingresos, seguridad y salud, tiempo de trabajo, promoción, situación contractual, restricción, suspensión o cancelación de cuentas. El artículo 30 reconoce supervisión humana y derecho a revisión humana de decisiones automatizadas que afecten condiciones de prestación del servicio. Aunque se trata de una regulación sectorial, contiene una matriz general: cuando un algoritmo afecta el trabajo, debe existir información clara, finalidad legítima, control humano y prohibición de discriminación.

El Código General del Proceso ya aludía a los deberes de lealtad, buena fe, diligencia y ausencia de temeridad que obligan a las partes y apoderados a verificar fuentes, precedentes y argumentos. Los artículos sobre temeridad y mala fe permiten sancionar la presentación de citas apócrifas, hechos contrarios a la realidad o argumentos sin fundamento. El CPACA, por su parte, exige que los actos administrativos apoyados en tecnología sigan siendo legales, motivados, públicos, controlables y judicialmente revisables.

Finalmente, el Código Penal cobra relevancia cuando la IA se usa para fabricar pruebas, deepfakes, documentos falsos o precedentes inexistentes. El fraude procesal del artículo 453 puede configurarse cuando se induce en error a un servidor público, por medio fraudulento, para obtener decisión contraria a la ley.

4. Principios operativos del escrutinio reforzado

El primer principio es la información y transparencia. En justicia, la transparencia tiene dimensión procesal: permite contradicción, impugnación, corrección y responsabilidad. También implica para la persona trabajadora conocer qué sistemas supervisan, califican o afectan sus condiciones.

El segundo principio es el control humano significativo. No basta que una persona pulse «aceptar» sobre una salida generada por IA. El control debe ser competente, sustancial y responsable. El juez conserva la valoración de hechos, pruebas y normas; el abogado conserva el deber de veracidad; el empleador conserva la obligación de justificar decisiones laborales; y la administración conserva el deber de motivar.

El tercer principio es la precaución, porque la incertidumbre que siempre encarna la toma de una decisión jurídica no excluye la necesidad de tutelas o salvaguardas inhibitorias antes que resarcitorias.

El cuarto principio es *pro humanitas*. La IA será jurídicamente aceptable si amplía capacidades humanas, mejora acceso a derechos, reduce barreras, facilita lenguaje claro y distribuye beneficios. Será sospechosa si vigila sin límites, clasifica sin

explicación, precariza bajo apariencia de eficiencia o convierte a la persona en dato sin voz ni remedio.

5. Casos de aplicación en Colombia

A continuación, se presentan algunas de las decisiones judiciales que dan cabida a los lineamientos del escrutinio jurídico reforzado por las altas cortes colombianas y que deben suscitar necesariamente un análisis sobre su forma de aplicación.

La Corte Constitucional profirió las sentencias C-134 de 2023, T-323 de 2024, T-067 de 2025 y T-008 de 2026.

La Sentencia C-134 de 2023 examinó el proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia y avaló la constitucionalidad del uso de las tecnologías como medio para asegurar la prestación del servicio, atendiendo la particularidad de zonas rurales y los conflictos individuales o comunitarios. Ello, a partir del contenido de los artículos 1, 2, 25, 41, 62, 63, 64, 65 y 68 de la ley. Además, hizo referencia al Plan de Transformación Digital (Acuerdo PCSJA20-11631-2020) y a la política pública en la materia, sustentada en el documento CONPES 4024 y la Ley 2213 de 2022, que se complementan con los documentos CONPES 3975 de 2019 y 4144 de 2025.

La Sentencia T-323 de 2024 no prohibió el uso de IA, pero afirmó que puede servir de apoyo solo si no sustituye el razonamiento judicial ni la motivación humana. Por ello, la falsedad de una motivación puede darse cuando la IA produce alucinaciones no advertidas por el funcionario judicial, con posible violación del debido proceso. La regla es clara: una providencia no puede apoyarse en fuentes inexistentes, aunque el texto parezca técnicamente correcto.

En atención al exhorto a los jueces y a la orden impartida al Consejo Superior de la Judicatura en esta providencia, se expidió el Acuerdo PCSJA24-12243 del 16 de diciembre de 2024, que determina los lineamientos de uso de la IA.

La Sentencia T-067 de 2025 fijó el alcance de la transparencia algorítmica como garantía de uso adecuado y razonable de datos personales, así como su incidencia en el derecho de acceso a información pública frente a la petición del código fuente de la aplicación CoronApp.

La Sentencia T-008 de 2026 se refirió al uso de la IA en la motivación de actos administrativos, como los emitidos en el concurso de méritos de la Rama Judicial.

La Corte Suprema de Justicia desarrolló una línea complementaria frente al ejercicio del derecho de petición sobre el uso de IA en la justicia (STC6334-2024), el suministro de información respecto de sistemas de decisión automatizada (STP6598-2024), la aplicación de IA para resolver recursos de reposición en el marco del concurso de méritos (STP18292-2024), así como el uso indebido de la IA por autoridades administrativas (STC2290-2025).

La misma Corporación, en decisiones sobre providencias o escritos con citas inexistentes (STC17832 del 5 de noviembre de 2025), advirtió, a través de la Sala de Casación Civil, que la IA generativa configuró una vía de hecho en el marco de una acción de tutela, lo que condujo a dejar sin efectos la providencia para que se volviera a emitir una decisión.

En el Auto AC739-2026, la misma Sala examinó precedentes inexistentes en una demanda de casación y reforzó el deber profesional de verificación. Señaló que

quien firma un escrito asume su contenido: no puede excusarse en auxiliares, pasantes o herramientas tecnológicas. Por ello, declaró la temeridad procesal e impuso multa, compulsó copias a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial y ante la Fiscalía por el presunto delito de fraude procesal; además, negó el acto de postulación del abogado.

La especialidad penal mostró otro riesgo (STP21973 del 2 de diciembre de 2025), cuando el borrador de una sentencia condenatoria elaborado con apoyo de IA antes del cierre del debate fue develado a una de las partes al dejarse inserto en el expediente. Allí el problema no es solo tecnológico, sino constitucional, por la afectación de la presunción de inocencia, la imparcialidad objetiva y el juez natural. Por ello, se dejaron sin efecto las decisiones y se apartó al juez del conocimiento del proceso.

Tampoco se otorgó admisibilidad a una demanda de casación (AP760-2026), porque, tras someterse al escrutinio de una herramienta de IA (Winston AI y Copyleaks), no se sustentó debidamente. De igual manera, la Sala de Casación Penal llamó la atención por el uso indiscriminado de la IA (AP1902-2026), pues, aun contando con la declaración de transparencia de haberse generado con apoyo en IA, el escrito no satisfizo la debida elaboración pese a contar con óptima redacción. La Sala advirtió la frecuencia de «escenarios abstractos, redacciones genéricas y planas, citas impertinentes y jurisprudencia inexistente».

En el plano disciplinario, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial revisó los casos de citas inexistentes (2020-358 del 26 de marzo de 2026) o firmas sin

revisión (2025-01241 del 13 de mayo de 2026), entre otros temas que empiezan a demarcar un estándar de conducta exigible a los operadores judiciales.

Finalmente, el Consejo de Estado (Sección Tercera, rad. 11001-03-26-000-2026-00056-00 [74200]) rechazó el recurso de unificación de jurisprudencia, dado que ninguna de las providencias invocadas por el recurrente era real. Además, advirtió el deber de colaborar con la administración de justicia por parte de los abogados, por lo cual compulsó copias ante la autoridad disciplinaria.

6. Conclusiones

El escrutinio jurídico reforzado no es una moda conceptual. Es la adaptación de una tradición constitucional y convencional de control intenso frente a riesgos tecnológicos que pueden afectar derechos. La IA no elimina deberes jurídicos: los intensifica. Motivación, veracidad, imparcialidad, contradicción, igualdad, reserva, diligencia, trabajo decente y responsabilidad siguen siendo humanos.

La regla central en justicia debe ser la no sustitución. La IA puede asistir, ordenar, resumir, traducir o buscar; no puede valorar pruebas, fijar hechos, decidir ni motivar en lugar del juez. En el mundo laboral, la transparencia algorítmica y la revisión humana son condiciones mínimas cuando sistemas automatizados afectan ingresos, estabilidad, desempeño o acceso a oportunidades.

La OIT permite formular el escrutinio reforzado como categoría laboral y democrática: si el futuro del trabajo no depende solo de la tecnología, sino de políticas, instituciones y diálogo social, la IA debe ser gobernada y no simplemente

adoptada. En Colombia, el artículo 76 de la Ley 2452 de 2025 y los artículos 29 y 30 de la Ley 2466 de 2025 ofrecen una base normativa concreta para exigir información, supervisión humana, respeto de garantías y protección del trabajo digno.

El reto no es prohibir la IA, sino supervisar su uso; no para sancionar o frustrar impugnaciones que deberían prosperar, sino para encauzar las tareas que, facilitadas por la IA, no comporten riesgo relevante. La justicia y el trabajo del futuro no serán más legítimos por ser más automatizados, sino por ser más humanos, transparentes, controlables, incluyentes y responsables.

Referencias

- Astin, S. (2026). SAG-AFTRA. Summary of Tentative Agreement. <https://www.sagaftra.org/sites/default/files/2026-05/2026%20TV-Theatrical%20Contracts%20Summary%20of%20Tentative%20Agreement.pdf>.
- Breslin, B., & Lewis, T. T. (2022). Judicial scrutiny. EBSCO Research Starters. <https://www.ebsco.com/research-starters/law/judicial-scrutiny>
- Centro Virtual Cervantes. (s. f.). El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha: Primera parte, capítulo VI. Instituto Cervantes. <https://cvc.cervantes.es/literatura/clasicos/quijote/>
- Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia. (2018). Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno. Consejo de Europa. <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>
- Comisión Nacional de Disciplina Judicial. (2026, 26 de marzo). Radicación 2020-358.
- Comisión Nacional de Disciplina Judicial. (2026, 13 de mayo). Radicación 2025-01241.
- Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097.
- Congreso de la República de Colombia. (2011, 18 de enero). Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956.
- Congreso de la República de Colombia. (2012, 12 de julio). Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489.
- Congreso de la República de Colombia. (2025, 2 de abril). Ley 2452 de 2025, por la cual se expide el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Diario Oficial No. 53.077. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30054744>
- Congreso de la República de Colombia. (2025, 25 de junio). Ley 2466 de 2025, por medio de la cual se modifica parcialmente la legislación laboral y se adopta una reforma laboral para el trabajo decente y digno en Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=260676>
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2026). Radicación 11001-03-26-000-2026-00056-00 (74200).
- Consejo Superior de la Judicatura. (2024, 16 de diciembre). Acuerdo PCSJA24-12243 de 2024, por el cual se adoptan lineamientos para el uso de inteligencia artificial en la Rama Judicial. https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=~%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA24-12243.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. (2023). Sentencia C-134 de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia. (2024). Sentencia T-323 de 2024. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/t-323-24.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2025). Sentencia T-067 de 2025. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2025/t-067-25.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2026). Sentencia T-008 de 2026. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2026/T-008-26.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 24 de febrero). Caso Atala Rizzo y Niñas vs. Chile: Fondo, reparaciones y costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016, 30 de noviembre). Caso I.V. vs. Bolivia: Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural. (2025, 5 de noviembre). Sentencia STC17832-2025.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural. (2026, 13 de febrero). Auto AC739-2026.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2025, 2 de diciembre). Sentencia STP21973-2025.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2026). Auto AP760-2026.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2026). Auto AP1902-2026.
- Corte Suprema de Justicia. (2024). Sentencia STC6334-2024.
- Corte Suprema de Justicia. (2024). Sentencia STP6598-2024.
- Corte Suprema de Justicia. (2024). Sentencia STP18292-2024.
- Corte Suprema de Justicia. (2025). Sentencia STC2290-2025.
- Crawford, K. (2021). Atlas of AI: Power, politics, and the planetary costs of artificial intelligence. Yale University Press.
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2026). Código ético iberoamericano para el uso de inteligencia artificial en el ámbito judicial. <https://archivodigitalapi.cortesuprema.gov.co/share/2026/5/Compendios/EdigoEticoIbUsodeInteligenciaArtificialenelAmbitoJudicialES.pdf> Etymonline. (2026). Scrutiny. En Online Etymology Dictionary. <https://www.etymonline.com/word/scrutiny>
- Han, B.-C. (2022). Infocracia: La digitalización y la crisis de la democracia. Taurus.
- Harari, Y. N. (2024). Nexus: A brief history of information networks from the Stone Age to AI. Random House.
- Hidalgo Oviedo, M. (2026). Escrutinio jurídico reforzado en época de IA's [Presentación de PowerPoint]. COLDESOCIAL. Segunda Jornada Académica, Santa Marta.
- Gutierrez, J. y Castellanos, M. (2023). Transparencia algorítmica y Estado Abierto en Colombia. En: Revista Reflexión política.
- León XIV. (2026, 15 de mayo). Magnífica Humanitas: Carta encíclica sobre la custodia de la persona humana en el tiempo de la inteligencia artificial. Libreria Editrice Vaticana. <https://www.vatican.va/content/leo-xiv/es/encyclicals/documents/20260515-magnifica-humanitas.html>
- Nussbaum, M. C. (2011). Creating capabilities: The human development approach. Harvard University Press.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. (2026, 12 de marzo). Intervención de Scott Campbell en Audiencia Pública sobre proyecto de ley de inteligencia artificial. https://www.hchr.org.co/historias_destacadas/intervencion-de-scott-campbell-en-audiencia-publica-sobre-proyecto-de-ley-de-inteligencia-artificial/
- Organización Internacional del Trabajo. (2026a). A moment of choice: Harnessing artificial intelligence for decent work. Report of the Director-General. International Labour Conference, 114th Session. <https://www.ilo.org/resource/conference-paper/ilc/ilc114/moment-choice-harnessing-artificial-intelligence-decent-work-report>
- Organización Internacional del Trabajo. (2026b). Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas. Conferencia Internacional del Trabajo, 114.ª reunión. <https://www.ilo.org/sites/default/files/2026-06/ILC114-CNP-D4-Final%20text-ES.pdf>
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2024, 13 de junio). Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. Diario Oficial de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/spa>
- Peña Díaz, M. (2005). El «donoso y grande escrutinio» o las caras de la censura. Hispania, 65(3), 939–956. <http://hispania.revistas.csic.es>
- Real Academia Española. (2026). Escrutinio. En Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/escrutinio>
- Sadin, É. (2020). La inteligencia artificial o el desafío del siglo: Anatomía de un antihumanismo radical. Caja Negra.
- Supreme People's Court of China. (2022, 8 de diciembre). Opinions of the Supreme People's Court on regulating and strengthening the applications of artificial intelligence in the judicial fields. <https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/382461.html>
- Veschi, B. (2020). Escrutinio: Etimología, origen de la palabra. <https://etimologia.com/escrutinio/>

BREVÍSIMOS ESCOLIOS EN TORNO A LAS COSAS, LOS BIENES Y EL PATRIMONIO

*Julián Alberto Villegas Perea**

Resumen:

El texto reflexiona sobre los conceptos de cosa, bien y patrimonio desde una perspectiva filosófica y jurídica, destacando la influencia del pensamiento grecolatino y del derecho romano. Sostiene que la «cosa» es el género y el «bien» la especie, siendo este último aquello con utilidad y valor económico susceptible de apropiación. Analiza el patrimonio como una universalidad jurídica de bienes y derechos, examinando las teorías clásica (patrimonio-personalidad) y moderna (patrimonio-afectación), así como las nociones de universalidades de hecho y de derecho dentro del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: cosa, bien, patrimonio, derecho civil, universalidad jurídica, bienes corporales e incorporeales, teoría del patrimonio

39

Sabiendo que la filosofía es la actividad intelectual que reflexiona sobre la esencia, las propiedades, las causas y los efectos de las cosas naturales, especialmente sobre el hombre y el universo, o en esencia el saber último de las mismas (cosas), esta disciplina es la que se ocupa ontológica, lógica, metafísica y espiritualmente de su estudio en completitud. Esa completitud no abarca lo jurídico.

Desde Platón y Aristóteles, quizás uno de los cerebros más robustos de la humanidad, pasando por Agustín, Tomás de Aquino, Kant, Hume, Locke, Descartes, Heidegger, Husserl, casi todos los filósofos han disertado sobre el concepto de cosa.

A guisa de ejemplo, según Aristóteles, cada objeto, cada cosa individual se compone de dos principios: la materia y la forma (así, la estatua se hace de bronce, al que se da una cierta forma). El fundamento del Universo es un substrato («sustancia») completamente indefinido, pasivo; una «primera materia».

Para Heidegger cosa en el sentido más restringido es lo tangible, visible, etc., lo presente fáctico. Cosa en sentido más amplio es todo asunto dispuesto de una u otra manera, las cosas que ocurren en el «mundo», acontecimientos, sucesos. Por último, hay todavía un uso de la palabra en el sentido más amplio posible.

* Magistrado Sala Civil del Tribunal Superior del distrito judicial de Cali.

Husserl se vale de la reducción eidética, la reducción trascendental y el análisis intencional para explicitar el sentido del mundo en tanto que mundo (o del ser en tanto que ser) y de las cosas en él.

Ahora bien, nuestro país es hijo de la cultura de occidente, es decir, entre otros grandes universales que construyen ese legado, la herencia grecolatina (o romanista) (esos otros grandes universales son la filosofía aristotélico-tomista-kantiana, y la égida del cristianismo). Esta herencia ha tenido una profunda y acendrada penetración en nuestra alma continental y nacional.

Los Romanos cuando no estaban haciendo la guerra, que para ellos era el *otio* (ocio), ejercían los otros atributos de la lanza de los quirites (*ius quiritorium* ciudadanos romanos)¹, es decir hacían *nec otio* (no ocio), o negocios, entonces se dedicaban a construir el Derecho.

La guerra, la filosofía, y el Derecho eran en verdad el periplo total de los hombres que nos legaron una cultura de la cual sus raíces han quedado bien profundas en nuestra genealogía o manera de ser como pueblos de occidente.

Jurídicamente los juristas romanos se referían a la expresión **cosa** con la nomenclatura **res**, limitada al objeto material (*corpus*), en oposición a los actos del hombre. Denota una cosa corporal, físicamente delimitada y jurídicamente independiente.

En Colombia, don Andrés Bello al elaborar el libro segundo del código civil, tomó

como modelo general las instituciones romanas en su más pura esencia, que extendieron su doctrina al derecho francés por intermedio de juristas de la talla de Pothier, al considerar la posesión y sus instrumentos de defensa, y al derecho alemán por intermedio de autores como Savigny.

Por ello en lo que tiene que ver con la interrelación del hombre con los instrumentos de los cuales se sirve para vivir, los denominó *BIENES* y adoptando la Clasificación Romanista, definió que consistían en COSAS: CORPORALES E INCORPORALES. Con ello siguió la definición de GAYO EN LAS INSTITUTAS, RETOMADA POR JUSTINIANO EN EL CORPUS JURIS CIVILIS; la transmitieron a la ciencia jurídica medieval hasta nuestros días, derivada de los filósofos griegos estoicos, quienes distinguieron entre las cosas que existen (*quae sunt*), de las concebidas intelectualmente (*quae intelligentur, quae animo intellige possunt*).

Más adelante veremos cómo los romanos -distinto a la concepción de Bello en el código civil- estimaban que la propiedad, como tal, no era un derecho o bien incorporal, sino que confundiendo la cosa con el derecho que sobre ella se tiene, llamaban a la propiedad bien corporal; de allí que posesivamente señalaban a la cosa como *mi propiedad*, o *mi casa*, *mi finca*, *mi litera*. Y tales bienes incorporales como los derechos, sólo se concebían como aquellos que, no siendo la propiedad, se ejercían sobre la cosa, separada de ella, como la

¹ *Populus Romanus Quirities*. Antes de ser ciudadanos romanos, éstos fueron guerreros, e incluso ya instituido el Derecho, seguían siendo guerreros, lo cual constituía el honor más grande. El senado, las magistraturas, los tribunos y las otras instituciones siempre profesaron una gran veneración por sus generales, centuriones y legionarios.

servidumbre, la hipoteca, el usufructo, el uso, la habitación, la prenda.

En nuestro derecho vemos, a la postre, una relación de género a especie, donde el género es LA COSA, y la especie es EL BIEN.

Así, cuando esa cosa es útil, sirve al hombre y tiene valor económico o sea tiene vocación de ser apropiable, porque el derecho así lo estima, será un bien. De lo contrario será una cosa, considerada por el Derecho sí (en la visión de ser el derecho omnicomprendivo de todas las circunstancias y entes inteligibles por el hombre en una sociedad determinada²), pero sin contenido económico, por lo tanto, inapropiable; fuera del denominado PATRIMONIO de un individuo.

Sobre las consecuencias y efectos desde el punto de vista lógico y dogmático que la división entre cosa y bien tienen para el derecho, creo que la relación de género a especie es la que aclara completamente el asunto.

En términos generales semánticamente la palabra *bien* denota la idea de bienestar, y etimológicamente tiene sus raíces en el arcaísmo *bonum*.

Pero como hay bienes innatos como las otras aptitudes, derechos y facultades en el hombre, más allá de que sean apropiables pecuniariamente (la libertad, el honor, la dignidad, la vida misma), entonces la palabra «bienes» será el género, para sus

especies de «innatos» y «apropiables». Algunos autores como el emérito y brillante profesor J.J. Gómez hacen una elaboración intelectual interesante partiendo de la base de estimar que la palabra cosa en el código civil es sinónima de bien³, y sosteniendo que sólo las que son corporales pueden llamarse cosas, en tanto las que son incorporeales son los bienes referidos a derechos, los cuales son los que forman parte del patrimonio de una persona.

En la misma estimación de confundir la cosa con bien, como sinónimas, incurren casi todos los autores colombianos, como Raúl Ochoa Carvajal⁴, Ignacio Alhippio Gómez, Valencia Zea, Aroldo Quiroz, Jair Polanco, etc. Luis Guillermo Velásquez al parecer también confunde los términos al decir que son «equivalentes»⁵.

Al decir el profesor Gómez que los bienes son sólo las cosas corporales despojadas de todo derecho, en tanto que las cosas incorporeales son los derechos despojados de las cosas, concluye que ese concepto de bien está compuesto por la cosa corporal unida al derecho que sobre la cosa se tiene, pues ni las cosas corporales ni la incorporeales «por separado, son bienes», y en tal sentido critica la clasificación legal (del código civil) sosteniendo que «sea contraria a la realidad objetiva dicha primera clasificación de nuestro texto civil, en cuanto hace figurar al lado de las cosas corporales, las relaciones jurídicas, reales y personales».

² Algo completamente criticado por un autor patrio, Ricardo Sanín Restrepo, quien en su texto *Teoría Crítica Constitucional* asimila al Derecho como a un padre sádico que todo lo abarca. «Teoría Crítica Constitucional» Editorial Ibañez, Colección monografías de la Pontificia Universidad Javeriana 2012.

³ Bienes. Reedición de 1981 efectuada por la Universidad Externado de Colombia, pág. 10.

⁴ Bienes. Librería Jurídica Sánchez. 4ª Edición, pág. 30.

⁵ Bienes. Editorial Ibañez. 15ª Edición, pág. 2.

Es mi parecer que NO se puede tomar la palabra *cosa* como sinónimo de *bien*, confundiendo el todo con la parte, pues al hacerlo se incurre en la falacia de composición, y aunque el autor con brillantez acude a la etiología del derecho romano al indicar que fue la unión estrecha entre el dominio y las cosas, entre el derecho y su asiento, entre el espíritu y la materia lo que llevó a los romanos, lógicamente a la clasificación recogida en el código civil, humildemente creo que don Andrés Bello, que además de ser un jurista muy perspicaz, era un gramático y un lógico en toda la extensión de la palabra, pensó bien cuando textualizó los artículos 653 y 664 del código.

No se olvide que, como el mismo profesor J.J. Gómez hace ver, la diferencia de nuestra clasificación con la de los romanos, estriba nada más ni nada menos, en que mientras los romanos entendían las cosas corporales como aquellas sobre las cuales recaía el derecho de propiedad, y por tal, esas cosas eran la propiedad misma, las incorporales eran todos los otros derechos a excepción de la propiedad; diferente en nuestro caso, porque los bienes son cosas corporales y cosas incorporales que son los derechos, todos, incluido el dominio que se tiene sobre aquellas.

Bien vale aquí citar al ilustre autor don Luis Claro Solar (cuyo apellido le hace honor a la calidad de sus exposiciones), cuando en el desarrollo del análisis sobre este tema anota algo esclarecedor:

*«(...) se contempla en seguida, a las personas en sus relaciones con las cosas del mundo exterior, **que se transforman para ellas en bienes***

***incorporados a su patrimonio mediante los derechos que sobre ellas adquieren»**⁶*

Hay aquí un claro atisbo de diferenciar a la cosa como el género y al bien como la especie.

Creo entonces que no es sólo un inconsistente juego de palabras, sino un asunto de exactitud lógica para la comprensión del pensamiento y obra de don Andrés Bello, la redacción precisa de los mentados cánones normativos y definitorios en mención, lo cual erradica el razonamiento complejo antes en comento, y se extravía en mi parecer el sencillo entendimiento que bajo el criterio de estimar la palabra *cosa* como el género, y *bien* como la especie.

Ejemplarizando, si tomo un libro en mi mano estoy tomando una cosa corporal (corpórea), y esa cosa tiene un valor, no sólo por el contenido, sino como producto del laborio humano avaluable, entonces es un bien. Si aspiro para sobrevivir, eso que aspiro es una cosa, llamada aire, que tiene una gran utilidad es verdad, pero no un valor económico, luego entonces no es un bien, y no ingresa al patrimonio de alguien.

Igual si obtengo el derecho de usufructo sobre una cosa, ese derecho de usufructo también es una cosa, en este caso incorporal, que al tener un valor económico se convierte en un bien.

Ahora bien, así como la cosa es el género y el bien la especie, también los derechos subjetivos son el género, para su especie que son los derechos de bienes apropiables. Me explico: No todos los derechos

⁶ Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen III. De los bienes. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 6

subjetivos tienen la connotación de bien apropiables, pues como se sabe, conforme la especialización del lenguaje técnico en derecho civil, en venero de responder a ese lenguaje técnico⁷, no todos los derechos subjetivos pueden ser avaluables en dinero, ejemplo de ellos son, como decíamos atrás, el honor, la libertad, el cuerpo mismo de la persona, la dignidad humana. Empero hay otros derechos subjetivos que sí pueden ser avaluados en dinero, y por ello son bienes que forman parte del patrimonio del individuo o de la persona, como por ejemplo el derecho de retención, el derecho de propiedad, la propiedad intelectual, el derecho de usufructo, el derecho de heredar, el derecho cartular.

Le encuentro sí desacierto, no a la clasificación que, como dije, me parece estructural y lingüísticamente pertinente, sino a la definición por ejemplo que se hace de las cosas corporales, cuando las califica como las que tienen un **ser real**, sin reparar en que las cosas incorporeales también tienen un ser real. Hubiérase preferido la definición de cosas corporales como aquellas que tienen un **ser material palpable por los sentidos**.

Pero también, creo, yerra el código al decir que las cosas incorporeales son las que consisten en meros derechos, cuando según el artículo 667 igual éste sostiene que son incorporeales los «hechos» debidos.

Además, coincido con los varios tratadistas citados es en que estructuralmente el código adolece de precisión por varias razones, como ellos lo han advertido oportunamente.

Así, hablando de bienes como cosas incorporeales referidos a los derechos reales, no todos se estudian en este libro 2º, pues la hipoteca y la prenda están en el libro 4º. Los bienes como cosas incorporeales referidas a la herencia se tratan en el libro 3º. La prescripción como modo de adquirir los derechos reales se trata en el libro 4º, señalando aquí que no todos los derechos reales existentes en nuestro derecho se estudian en ese libro 2º del código.

En otras legislaciones atendiendo que los derechos son intereses jurídicamente protegidos cuya base es la seguridad jurídica del goce⁸, y admitiendo que el destinatario de todos los derechos es el hombre⁹, se debe concluir que el objeto del derecho es todo aquello que permita al hombre obtener un servicio, una utilidad, una ventaja. Esta concepción sin duda igual se atempera al concepto que tenían los Romanos de la utilidad que ofrecen las cosas al hombre, pues lo que no tenía utilidad no era objeto del derecho.

En ese sentido, los objetos del derecho se dividen en Objetos con valor económico también denominados *bienes*, consistentes

⁷ El principio que se refiere a la plenitud de las palabras de un lenguaje en un campo específico del conocimiento se conoce como «principio de pertinencia» o «principio de relevancia». Este principio establece que las palabras utilizadas en un contexto específico deben ser relevantes y significativas para ese campo de conocimiento y deben transmitir información útil y precisa sobre el tema en cuestión. En resumen, las palabras deben estar adecuadamente relacionadas con el tema y ser precisas en su significado para evitar confusiones y malentendidos.

⁸Curso de Derechos Reales en el Derecho Romano. Eduardo R. Elguera – Mario Russomano. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

⁹Gayo D.22,1,28,1

en Corporales y allí se enlistan las *COSAS*; y los objetos incorporeales, y allí se enlistan los *HECHOS*. Y hay otros objetos sin valor económico como *la vida, el honor, la moral, los pensamientos, el aire*.

En occidente y (según se dijo arriba) su modelo jurídico romano, católico cristiano y racionalista aristotélico-kantiano, la centralidad de la vida, en últimas es el concepto de propiedad privada.

Empero en otras culturas hacia el oriente como el budismo, por ejemplo, por citar no más una, es el desapego de las cosas el fundamento de su concepción de la interrelación del hombre con el mundo y con el cosmos.

Ha sido una constante oír en el ámbito jurídico que la materia «derecho de obligaciones», es la que articula el derecho. Es como las matemáticas del derecho.

Pero también es apodíctico que para volver dinámica la ciencia, por así decir, de las obligaciones, se deben conocer primero los derechos que le son aparejados. Esos derechos son en gran parte los bienes de que trata el libro segundo de nuestro código civil. Es la concreción, los objetos sobre los que recae ese derecho de obligaciones. Y si no se conocen con pleno dominio, se malogra el estudio de las obligaciones.

Patrimonio

Como se habló enantes de *patrimonio*, conviene recordar, no obstante que ello debió haber sido materia de estudio en el curso de «PERSONAS» lo que grosso modo se entiende por patrimonio.

El concepto de patrimonio no es mismo en todos los ámbitos. Por supuesto que hay un patrimonio moral de las personas; hay un patrimonio cultural de la nación; hay un

patrimonio educativo de las personas y de la colectividad; hay un patrimonio moral de la humanidad; hay un patrimonio histórico, y un patrimonio medioambiental.

En términos generales y siguiendo la tradición germanoromanista el patrimonio es un legado, una herencia, **algo que recibimos del pasado o que forma parte de un acervo valioso** y digno de preservarse.

El término patrimonio **proviene del latín *patrimonium***, conformado a su vez por *pater* («padre») y *monium* («recibido»), de modo que podría entenderse como «lo recibido del padre». En la roma antigua los bienes familiares de los ciudadanos nobles (llamados patricios) era transmitida del padre a sus hijos varones, ya que su administración era del *pater familias* (el «padre de familia»), aunque su propiedad era familiar.

La noción del patrimonio semejante a la romana se mantuvo viva en el derecho durante siglos.

Con la llegada de la fase previa al capitalismo, esto es el mercantilismo, y el acendrado concepto de la libertad individual, del valor redimensionado del hombre como ser individual, **el Código Napoleónico lo definió como la propiedad individual**, debido al pensamiento liberal imperante en la época. Es justo en ese instante del siglo XIX en donde nació la idea jurídica moderna de patrimonio.

Pues bien, en el ámbito jurídico, no se halla, como pudiera corresponder naturalmente, en nuestro código civil, la definición del concepto de patrimonio. Sólo aisladamente en el Decreto 624 de 1989 (estatuto tributario) se le concibe como «constituido por el total de los

bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente en el último día del año o período gravable».

El profesor Arturo Valencia Zea dice que patrimonio alude a «Todos los derechos patrimoniales de que es titular una persona -derechos reales, de crédito, inmateriales y hereditarios- se consideran como si formaran un todo, es decir, una universalidad jurídica que recibe el nombre de patrimonio»¹⁰.

Obviamente que cuando a persona alude el citado autor se está refiriendo a la persona natural y a la ficción legal que es la persona jurídica.

Como el ameritado profesor Valencia, los civilistas *strictu sensu* estiman que el patrimonio está compuesto de los bienes materiales o inmateriales, muebles o inmuebles avaluables pecuniariamente, por lo tanto, los restantes derechos subjetivos no forman parte del patrimonio, como los derechos familiares, los políticos, los derechos de la personalidad, y los derechos ciudadanos, entre otros.

De cara al concepto patrimonio, conviene recordar que existen ciertos entes jurídicos que tienen una condición especial, como los patrimonios autónomos, las SAS y las empresas unipersonales. Pero hay otros tratadistas que aun en el ámbito jurídico estiman que no tan sólo forman parte del patrimonio de una persona

ciertos derechos subjetivos, sino todos, y confunden entonces así el patrimonio con los derechos subjetivos de las personas, siendo que según lo visto más generalmente aceptado los derechos subjetivos son el género, y el patrimonio es la especie, esta concepción está más o menos en la vía de la teoría clásica del patrimonio.

Llegados a estas alturas conviene recordar que existen en la actualidad dos teorías sobre el patrimonio: la teoría clásica o del patrimonio-personalidad, y la teoría moderna o del patrimonio-afectación.

La teoría clásica, que fue la concebida en los orígenes del concepto de patrimonio, y que deviene del alemán Karl Zachariae¹¹ del siglo XIX, al cual los autores de la exegética escuela francesa Charles Aubry y Charles Rau siguieron metodológicamente¹², en esencia sostiene que el patrimonio debía entenderse como un conjunto abstracto de bienes, derechos, obligaciones y cargas, tanto presentes como futuros, pertenecientes a una misma persona y dotados de «universalidad jurídica».

Dichos elementos se mantienen unidos a la persona por su propia voluntad, por lo que cada persona posee su propio patrimonio, que es «una emanación de su personalidad» (de allí el segundo nombre de esta teoría). Por el mismo motivo, el patrimonio es indivisible, único e inalienable durante la vida de la persona, pues enajenar el patrimonio sería como enajenar su personalidad misma.

¹⁰ Arturo Valencia Zea. Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales, 8ª. Edición, página 26.

¹¹ Kar Zachariae fue un destacadísimo jurista alemán que estudió filosofía, historia, matemáticas y lingüística, así como jurisprudencia, en Leipzig, Berlín y Heidelberg, creador además de la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos, como solución al problema de no poder aplicarse la sanción por extensión analógica (por ser de derecho estricto) a ciertos actos jurídicos anómalos no regulados.

¹² Charles Aubry. *Curso de derecho civil de acuerdo con el método de Zachariae*.

Únicamente la muerte de la persona puede legitimar la transmisión del patrimonio a terceros (sus descendientes), puesto que en realidad se trata de la extinción del patrimonio del difunto y la creación, de nuevo, de un patrimonio único, indivisible e inalienable para el heredero.

A esta teoría clásica (también llamada subjetiva) se le ha criticado su difícil aplicación a la vida real, especialmente en lo que se refiere a la distinción entre patrimonio y capacidad de adquirir bienes futuros. Esto último implicaría que todas las personas poseen necesariamente un patrimonio, ya que poseen la posibilidad futura de adquirir dichos bienes o recursos, entendidos como una «prenda tácita» por Aubry y Rau.

Por otro lado, esta idea de patrimonio resulta en particular problemática a la hora de pensar el patrimonio empresarial **O de** las organizaciones, ya que solo las personalidades tienen patrimonio. Los autores, para el resto de los casos, hablan de una «Mesa de bienes», sin explicar exactamente a qué se refieren con ello. Pero además ofrece el problema, en consecuencia, con la teoría, de que, siendo la voluntad indivisible al ser emanación de la personalidad tanto como el patrimonio, este igual sería indivisible.

Francois Geny¹³, que era un crítico de la escuela exegetica, y cuyas ideas fueron la inspiración del pensamiento y obra de la denominada Corte de Oro Colombiana de 1936, al extraer de normas aisladas del derecho positivo, mediante novedosas interpretaciones, reglas generales en temas de tanta trascendencia como

el enriquecimiento ilícito, el daño, la responsabilidad extra-contractual, el error *communis facit jus*, entre otras, para enjugar situaciones no contempladas específicamente por el legislador, decía de la teoría de Zachariae, extendida por los exégetas Charles, que «es natural que se pueda representar el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, como si formara un todo complejo, independiente de los objetos particulares que lo componen y sometidos a un régimen homogéneo que responda al concepto de universalidad jurídica».

La otra teoría es la moderna, denominada del patrimonio afectación, y se llama así, etimológicamente, porque lo que crea la unidad del patrimonio no es tanto el concepto de personalidad en sí, cuanto la afectación común de los derechos patrimoniales a fines especiales, «patrimonios objetivos».

Aunque acogida como moderna, esta teoría fue propugnada por el derecho alemán por pluma de Von Brinz y Bekker de finales del siglo XVIII y principios del XIX, y es tildada de objetivista, al proponer que el patrimonio no necesariamente requiere de una persona para existir, pues el concepto de patrimonio emerge por la afectación -según se dijo- de los bienes, que es lo central y no la persona.

En consecuencia, el patrimonio debería entenderse como el conjunto de las relaciones jurídicas que afectan bienes, acciones y derechos individualizados y determinados en tiempo y lugar, y que están destinadas objetivamente a un fin económico y jurídico. En esto último, la

¹³ Francois Géný. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Colección crítica del derecho. Editorial Comares. Pág. 143.

teoría objetivista se aleja también de la universalidad jurídica como la entendía el modelo clásico.

Atrás dijimos que puede haber persona sin patrimonio, y complementando podemos decir que puede haber patrimonio sin persona. Este es el caso de la herencia yacente, de la sociedad conyugal, de la sociedad patrimonial de hecho, del patrimonio de una sociedad comercial en liquidación, del patrimonio de familia no embargable, y del patrimonio autónomo fiduciario. Pero a su vez, según la mirada objetivista, no se concibe un patrimonio sin bienes, y conforme se anotó es posible que un patrimonio no pertenezca a alguien, sino a algo, lo cual facilita las cosas a la hora de hablar de patrimonio empresarial.

Universalidades

En antes hemos citado en algún momento la palabra universalidades. Ahora diremos algunos renglones de este concepto. La Universalidad en derecho nace corresponsablemente a la acumulación de bienes propia del desarrollo del mercantilismo y del sistema capitalista, donde ya no se concebía corrientemente a las personas como poseedoras sólo de elementos individuales como un caballo, un asno, una pequeña plantación, una vaca o un yunque.

Uniendo el concepto patrimonio con el de universalidad conviene anotar delantadamente que civilmente un patrimonio puede estar compuesto de varias universalidades de hecho y de varias universalidades de derecho (ambas son

jurídicas porque el derecho las comprende a ambas)¹⁴.

Las universalidades de hecho son conjuntos o totalidades de cosas que tienen una misma finalidad o destino, las cuales si bien no tienen una relación de intimidad entre sí (intimidad que sí se predica por ejemplo de las moléculas que constituyen una pelota de fútbol, o las páginas de un libro, o las dos partes de una caja), se consideran como un todo para la finalidad o destino que cumplen. Tal es el caso de un juego integrado de sala (diferentes sillones, sofás, mesas, floreros, lámparas, ceniceros); un establecimiento de comercio en general (como una papelería, una librería, relojería, una boutique), que tienen por propósito desarrollar los fines de la empresa.

Varios conjuntos de cosas (universalidad de hecho) pueden ser de un mismo propietario, y varios propietarios pueden serlo de un mismo conjunto de cosas. Un establecimiento de comercio, por ejemplo, puede ser de varios dueños, y una persona puede tener varios establecimientos de comercio, como reza *ad pedem literae* el artículo 515 del C. de Co.

No se debe confundir la cosa singular compleja con la cosa universal que es la universalidad del derecho. Una cosa singular compleja es aquella que tiene una unidad física, pero está compuesta de cosas simples singulares también. Es el caso por ejemplo de un carro el cual es una unidad, empero compuesto de varios elementos simples como las llantas, el motor, los asientos, la transmisión, la carrocería,

¹⁴ Empero habrá quienes digan que las universalidades de hecho son de cosas y las de derecho son las jurídicas. Esta clasificación no es estructuralista ni lógico jurídico. Esto, porque las cosas, en tratándose de bienes, son contempladas específicamente por el derecho nacional.

los vidrios, etc., que no tienen un valor independiente cada una **mientras hagan parte del todo**.

Distinto es el caso por ejemplo de las llantas nuevas, como artículos nuevos para reemplazar a las viejas. Allí sí tienen un valor independiente.

A veces esos elementos singulares que conforman el carro pueden ser compuestos también, ello derivado de la complejidad de la tecnología.

La doctrina italiana denomina a las universalidades de hecho como *cosas colectivas* (*cose collettive*).

Puede ocurrir como en los establecimientos de comercio, y otros bienes de naturaleza universal, que esa unidad o universalidad de hecho compuesto por varios elementos materiales como sus artículos, mercancías en almacén, los muebles y las instalaciones, las máquinas que producen los artículos, la estantería y la tecnología representadas en los computadores, enrutadores, centrales de cómputo, etc, igual esté compuesta por elementos inmateriales, o factores distintos a aquellos, como el Good Will, la clientela, la ubicación inmejorable, la estimación contable, el crédito mercantil, la antigüedad reconocida, todo lo cual hacen que esa universalidad de cosas tenga un valor muy superior en su totalidad que aislando sus varios componentes materiales e inmateriales.

El otro polo de la clasificación es la **universalidad de derecho**, que es la

agrupación de derechos subjetivos, porque, así como las cosas pueden agruparse para constituir una totalidad encaminada a un fin, también los derechos pueden agruparse, igual como un todo, para atender a una finalidad.

El diccionario de Cabanellas¹⁵ dice que una universalidad de derecho, es el conjunto de bienes y deudas que constituyen un todo indivisible, como ocurre con el patrimonio; y más aún en caso hereditario, en que los sucesores a título universal no pueden aceptar derechos sin las anejas obligaciones.

El autor italiano Francisco Messineo¹⁶, de quien se ha dicho que fue el continuador italiano de la escuela francesa de la exégesis, empero de la lectura de sus obras el lector podrá observar que sus ideas, sus propuestas y sobre todo su método van más allá de esta escuela para ubicarlo como uno de los grandes precursores de la escuela civilista actual, dadas las necesidades de la Italia de la época que lo guiaron hacia una interpretación menos estricta de la ley, lo que dio lugar al planteamiento de nuevas ideas, ha sostenido que la universalidad de derecho es un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas.

Y eso es así porque por ejemplo la sociedad de gananciales tiene unos activos y unos pasivos, que generan por supuesto relaciones jurídicas activas y pasivas.

En la doctrina alemana estas universalidades se suelen denominar como «conjuntos patrimoniales» (Ver moegensinbegriffe).

¹⁵ Guillermo Cabanellas de Torres. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta. Pág. 477

¹⁶ Manual de Derecho Civil y Comercial. Biblioteca clásicos del derecho civil y comercial. México. Oxford University Press. 2003. Volumen 3.

Volvamos a una precisión, ambas, las universalidades de hecho y las de derecho, son universalidades jurídicas, y conforman el patrimonio de una persona, ya natural ya jurídica o moral.

Nos gusta la definición que trae Rafael Rojina Villegas de universalidad jurídica:

«El conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero, constituye una universalidad jurídica. La cual integra el patrimonio; (...); existen en el derecho masas de bienes que se llaman universalidades de hecho, pero no son patrimonios. La persona podrá tener distintas universalidades de hecho, pero sólo un patrimonio que se presenta como único, indivisible y abarcando tanto el conjunto de bienes presentes, como los bienes, derechos y obligaciones futuras. Es decir, el concepto de universalidad se extiende en el tiempo y en el espacio. En el tiempo, porque comprende todos los bienes, derechos, obligaciones y cargas que la persona tenga o pueda tener en el futuro; en el espacio, porque abarca absolutamente todo aquello que tiene un valor pecuniario; no importa que se trate de bienes heterogéneos, de masas autónomas de bienes destinadas a fines económicos diversos.»¹⁷

La herencia es una de esas universalidades de derecho, y vale la pena hacer una anotación en las palabras del profesor Arturo Valencia Zea: *«Acentúase la universalidad jurídica de derechos hereditarios como una totalidad separada de los derechos del heredero cuando este (sic) ejerce el beneficio de inventario o los acreedores el de separación de patrimonio»¹⁸*

Como quiera que los particulares pueden darle la destinación a sus bienes como

quieran, y por ende a las universalidades jurídicas, emerge al punto la pregunta de si para sustraer todos los bienes del efecto del artículo 2488 del C. Civil, ¿puede una persona limitar la responsabilidad patrimonial sólo a determinada universalidad de hecho o de derecho?

El citado profesor Valencia Zea¹⁹ ha dicho que como la ley nada dice al respecto, y que como la regla del artículo 2488 del Código no es de orden público sino de orden privado, los contratantes pueden descartarla y aplicar lo que convengan en el contrato, que sería en este caso aceptar que sólo un establecimiento de comercio u otra universalidad de hecho, o una sociedad suya, sea la que responda por sus obligaciones adquiridas contractualmente.

Coincidimos con el profesor en esa respuesta, y creemos igual con él que quizás esas situaciones serán muy pocas las que, en la dinámica vida mercantil de este tiempo, se irían a presentar pues lo menos que espera un contratante o acreedor será ver limitada su posibilidad de perseguir, frente a los incumplimientos de su contraparte, los bienes de su deudor.

Ejemplos de universalidades de derecho son la herencia, la sociedad conyugal, las sociedades comerciales, la sociedad patrimonial de hecho, el consorcio, el patrimonio de familia no embargable, la masa de bienes del comerciante en quiebra, el peculio del hijo de familia. He aquí verdaderos patrimonios autónomos y separados del patrimonio general de una persona.

¹⁷ Compendio de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesorios. Editorial Porrúa, Edición # 44. México, 2012. Págs. 10 y 11.

¹⁸ Ob. Ct. Pág. 24

¹⁹ Ob. Ct. Pág. 26

Pareciera como que la pregunta que nos formulamos atrás queda también respondida con la ejemplificación antes surtida. Y en ella el autor Luis Guillermo Velásquez Jaramillo nos da una clara apreciación. Dice este autor:

«Estas Universalidades de derecho constituyen lo que en la doctrina jurídica se han denominado patrimonios autónomos o separados, que tienen un contenido finalista fijado por la ley y que se diferencian del patrimonio general de una persona porque en este hay un vínculo con su titular, y en los primeros el vínculo se establece con un fin definido legalmente»²⁰.

²⁰ Bienes. 15ª Edición. Editorial Ibáñez. Pág. 63

LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANA

¿Es posible la garantía de indemnidad en el ordenamiento jurídico laboral colombiano en especial en el nuevo CPTSS?

*Carlos Alberto Oliver Galé***

Resumen:

Este trabajo presenta una aproximación a la garantía de indemnidad y su posibilidad de ser aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano, para lo cual se parte de los antecedentes del derecho comparado; se analiza la importancia de la figura, el desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia española tanto constitucional como social, para aterrizar en lo que ha traído a colación por la jurisprudencia constitucional colombiana más la reciente Ley 2452/25, llevan a la conclusión de ser factible la garantía de indemnidad en nuestro ordenamiento jurídico procesal laboral.

51

Palabras clave: Reclamación, retaliación, tutela judicial efectiva, acceso a la justicia y reintegro.

1.- Antecedentes de la garantía de indemnidad

Dentro de los antecedentes más remotos que se conozcan de la garantía de indemnidad se encuentra en el derecho norteamericano del trabajo, la Ley de Relaciones Laborales de 1935 (Ley *Wagner*) en el artículo 8 (a) (4) y en la *Fair*

Labor Standard Act en el artículo 215 (a) (3) (FLSA), de 1938¹.

También es precedente de la garantía analizada, el Convenio 158 de la OIT, art. 5 literal c, cuando precisa que no puede considerarse como causa justificada del despido «Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador

* Este texto corresponde a una versión ampliada de la ponencia del VII Congreso Internacional «La Seguridad Social y El Mundo del Trabajo, Universidad Libre», Cali, septiembre de 2025.

** Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral. Abogado de la Universidad de Cartagena, Máster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad de Salamanca.

¹ Gamonal Contreras, Sergio y Guidi Moggia, Caterina, tutela de derechos fundamentales en el contexto del derecho del Trabajo, Academia Judicial de Chile, Material docente No 4, Santiago, 2020, pág. 145.

por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.» Más recientemente en el art. 10, b, iv del convenio 190² y la Recomendación 206 art 7, g sobre violencia y acoso en el trabajo donde se impone la obligación de adoptar medidas de protección de los querellantes, víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español comenzó la zaga de la garantía de indemnidad con las sentencias SSTC 7 y 14 de 18 de enero de 1993, analizando en la primera, el caso de un trabajador que fue despedido tras haber reclamado judicialmente la laboralidad de su relación con la empresa.

Por su parte, el inciso 3 del artículo 485 del Código del Trabajo Chileno consagró expresamente la garantía de indemnidad. Recientemente en España la Ley Orgánica 5/2024 de 11 de noviembre, en el artículo 12.3 y en la disposición adicional tercera, consagró la garantía de indemnidad de manera expresa.

En Colombia no existe disposición expresa que consagre la garantía de indemnidad y solamente se consagra una estabilidad reforzada por retaliación en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, sin embargo, en el nuevo Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en el artículo 328 consagra como principio la tutela judicial efectiva, el cual es el fundamento

en el ordenamiento español para que la jurisprudencia constitucional y social hayan generado esta forma de estabilidad especial innominada.

Tradicionalmente se ha estructurado la tutela judicial efectiva como un derecho que se ejerce frente al Estado, el cual busca garantizar que los ciudadanos accedan a la justicia, obtengan una sentencia y dicha resolución sea eficaz a través de su ejecución. Seguidamente al contenido esencial tradicional del acceso a la justicia se le adiciona la tutela judicial efectiva de la cual deriva la garantía de indemnidad, lo que implica una situación de eficacia horizontal de este derecho fundamental, es decir, una eficacia «inter privados».

2.- Importancia del problema

Resulta pertinente analizar garantías implícitas de los trabajadores frente a las represalias de los empleadores que ponen en mengua la estabilidad en el empleo por razón de las reclamaciones judiciales de sus derechos. Si la tutela judicial es la garantía propia y adecuada de los derechos, la garantía de indemnidad viene a ser la garantía de la garantía³.

Con esta tutela en favor de los trabajadores se pretende evitar el desconocimiento de los derechos laborales otorgados por el ordenamiento, teniendo en cuenta que, dada la subordinación lo cual conlleva a que, el empleador tiene amplios poderes organizativos y disciplinarios los cuales pueden ser utilizados para impedir el

² Aprobada por Colombia por medio de Ley 2528 de 2025, pendiente de examen de constitucional por control automático por parte de la Corte Constitucional.

³ Gorelli Hernández, Juan, La Jurisprudencia Constitucional Española sobre la Garantía de Indemnidad, en AAVV Derecho del Trabajo, Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual, Estudios en homenaje al profesor Alfredo Villavicencio Ríos, Volumen II, Tutela Individual, editorial Palestra, Lima 2024, pág. 44.

disfrute de derechos salariales o derechos al descanso etc., que amenazando al trabajador con sanciones o despido, si comete la imprudencia de acudir al juez para reclamar tales derechos.

3.- Concepto

Con la garantía de indemnidad se permite el derecho de acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva en el evento en que se tomen medidas empresariales como retaliación por ejercer acciones para reclamar los derechos por parte de los trabajadores, testigos y representantes de los trabajadores ante los tribunales, la inspección del trabajo, comprendiendo las reclamaciones previas a los procesos. Se califica como nulo el despido por represalias a lo que denominaron la garantía de indemnidad, tomando como basamento la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.1 de la Constitución Española por ser consecuencia de la afectación de ese derecho fundamental.

En Colombia el artículo 229 de la Constitución Política consagra el acceso a la administración de justicia y el artículo 29, prevé el derecho al debido proceso. Bajo la égida de estas disposiciones y en armonía con el artículo 53 de la C.P., es factible desprender el derecho al reintegro cuando el empleador toma represalias debido al ejercicio de acciones en donde se reclaman sus derechos.

4.- Los derechos fundamentales de los trabajadores y el contrato de trabajo

En la Constitución de 1991, desde el preámbulo se pretende asegurar a los integrantes de la nación «el trabajo»,

luego, en el artículo 1 se remarca la cláusula del Estado social de derecho fundado entre otros en el «trabajo», para con posterioridad en el artículo 25 se consagre como derecho fundamental el trabajo, en los siguientes términos: *«El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.»* Se demarca una secuencia lineal en la Carta Política donde el trabajo como principio y valor, y más específicamente como derecho fundamental debe tener una consecuencia trascendental en la interpretación de las normas que desarrollan la labor humana.

En el ya citado artículo 53 C.P., se impone al legislador la expedición de un estatuto del trabajo con base en principios mínimos fundamentales y de dicha disposición se desprende en lo que concierne al derecho individual del trabajo, la inclusión dentro de las fuentes del derecho de los Convenios Internacionales del Trabajo y la consagración de la teoría inmediata de los derechos fundamentales entre particulares en materia laboral, cuando precisó en el último inciso *«La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.»*

Para la aplicación de esta norma constitucional no se requiere del desarrollo del legislador, pues, la Constitución es norma de norma, lo que permite que los jueces pueden resolver los casos acudiendo a dichos postulados, sea a través de la interpretación desde la Constitución, ora, por medio de la interpretación de la Constitución.

4.1. Dimensiones de los derechos fundamentales

La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, implica que son derechos de defensa, esto es, son acciones negativas del Estado frente al ciudadano, que dan al titular según Alexy a tres tipos de potestades: a) el derecho a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular; b) el derecho a que el Estado no afecte las situaciones o propiedades establecidas del titular; y c) el derecho a que el Estado no elimine las posiciones jurídicas fijadas del titular del derecho⁴.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales conlleva que⁵: «El contenido objetivo de los derechos fundamentales que se suma al contenido subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertenstscheidungen*) que se erigen como garantías institucionales y deberes positivos, es decir, imponen deberes de protección y mandatos de actuación al Estado, los cuales proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida política y la convivencia ciudadana».

Los Derechos Fundamentales como normas objetivas denotan un contenido normativo determinado que exige ser

realizado por el legislador, el ejecutivo y el poder judicial; no persiguen la abstención, sino que pretenden la actuación y protección de sus contenidos, estando supeditado a un objetivo.

Tres consecuencias se derivan de la dimensión objetiva: el deber de protección, el efecto de irradiación o expansión y la eficacia frente a terceros.

El efecto de irradiación de los derechos fundamentales, es explicado⁶: «Hablamos del efecto irradiante para expresar de manera gráfica la necesaria proyección que ha de tener el derecho fundamental como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que su presencia tiene que hacerse notar a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas (civil, mercantil, penal, laboral, administrativa...) del mencionado ordenamiento, si bien como resulta fácilmente comprensible, la incidencia no será la misma en todos los sectores normativos...».

Respecto al deber de protección, se trata de un comportamiento que deben asumir los poderes públicos cuando la conducta de terceros sea autoridades o particulares que no son destinatarios de las prerrogativas fundamentales, amenazan o lesionan bienes iusfundamentales protegidos de los asociados.

⁴TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN, La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia, En Revista Derecho Del Estado No 16 junio de 2004, Universidad Externado de Colombia, páginas 107 Y 108

⁵TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN, La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia, En Revista Derecho Del Estado No 16 junio de 2004, Universidad Externado de Colombia, páginas 101 y 102

⁶PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL, La Estructura de Las Normas de Derechos Fundamentales, página 53, en la obra colectiva elaborada por profesores titulares de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Editorial Tecnos, 2004.

4.2. Derechos fundamentales específicos e inespecíficos de los trabajadores

Se consagran en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales específicos de los trabajadores, además del trabajo, la libertad sindical (art. 39), el derecho a la negociación colectiva (art. 55), y el derecho de huelga, salvo en los servicios esenciales (art. 56). También se consagran derechos inespecíficos laborales cuyos titulares son los trabajadores en su condición de ciudadanos, tales como derecho a la vida, que comprende el derecho a la integridad física y psíquica de los trabajadores, derecho a la igualdad (ante la ley, en la interpretación de la ley, y la no discriminación), reconocimiento a la personalidad jurídica, intimidad personal y familiar, habeas data, inviolabilidad de la correspondencia, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, libertad de cultos, libertad de expresión y de información, derecho a la honra, derecho de petición, derecho a la libre circulación, libertad de escoger profesión u oficio, libertad de enseñanza, derecho a la libertad personal, debido proceso, derecho de reunión y manifestación pública, sin descartar los derechos innominados.

4.3. Teoría de los derechos fundamentales entre particulares aplicables al contrato de trabajo

Respecto a los DF entre particulares, se han construido esencialmente dos teorías a saber, la indirecta o mediata, bajo la cual los derechos fundamentales no se aplican de manera directa, sino a través de instituciones como la buena fe, abuso del derecho etc. El Estado, no los particulares, es el obligado por los

derechos fundamentales: solo el juez, no el particular favorecido por la decisión puede ser obligado a asegurar el cumplimiento del Derecho Fundamental vulnerado.

La teoría inmediata, implica que los particulares pueden ser obligados al cumplimiento de derechos fundamentales, sin necesidad de intervención de instituciones como la buena fe, abuso del derecho, y en general, sin utilizar cláusulas generales de derecho privado etc.

El respeto de los derechos fundamentales por parte de los particulares tiene su origen en el cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 95 de la Carta Política, cuando impone a toda persona el cumplimiento de la Constitución y de las Leyes; el respeto de los derechos ajenos y no abusar de los propios; así como, se les impone obrar conforme al principio de solidaridad social. De la misma manera, el artículo 6 de la Carta Política prescribe que los particulares sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes.

Igualmente, bebe su fuente la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares, cuando el inciso final del artículo 53 de la Carta Política, expresa que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Visto lo anterior y dado el carácter normativo de la Constitución Política, se considera que nuestro ordenamiento constitucional en materia de Derecho del Trabajo consagra la teoría inmediata o directa de los derechos fundamentales entre particulares por cuanto el inciso final del artículo 53 establece una relación inmediata en cuanto a que la protección

de los mismos cobija a todas las posibles fuentes normativas del ordenamiento laboral y a los sujetos generadores de dichas fuentes, sin necesidad de acudir a instituciones de derecho privado para irradiarlos.

5.- El despido nulo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición que consagre el despido nulo por violación de derechos fundamentales del trabajador, solamente se dan unos casos muy puntuales de estabilidad reforzada, a saber: mujer embarazada, en cuyo evento procede despido siempre que exista una justa causa para lo cual se requiere de previa autorización del Ministerio de Trabajo; fuero sindical para proteger a directivos sindicales, fundadores, miembros de comisión estatutaria de reclamos etc.; situaciones de acoso laboral; estabilidad o fuero por salud al trabajador discapacitado, incapacitado y en general en estado de debilidad manifiesta; los casos de retén social y pre – pensionados; despido colectivo sin autorización del Ministerio del Trabajo; fuero circunstancial; etc.

Bajo los presupuestos de carácter normativo de la Constitución, aplicación directa de derechos fundamentales, tutela contra particulares en caso de subordinación o indefensión, resulta pertinente aplicar dichos derechos fundamentales disponiendo la nulidad del despido, lo cual trae como consecuencia el restablecimiento del contrato de trabajo con el pago de salarios y demás componentes reparatorios.

La Corte Constitucional al despido nulo por violación de derechos fundamentales lo bautiza con el nombre de despido

injustificado con pago de indemnización inaceptable constitucionalmente el cual se presenta cuando en la facultad de despedir se advierte un motivo inconstitucional que afecta los derechos fundamentales del trabajador, siendo el reintegro la manera de resarcir los derechos fundamentales conculcados. Se puede consultar tal doctrina en las sentencias SU-256/96, SU 667/98, T-476/98, T-982/01, T-1328/01, T-327/11, T-965/11, T-616/12, T-735/12, T-842 A/13, T-462/2015, T-391/21 y T-073/25, entre otras.

6.- El precedente jurisprudencial más cercano a la garantía de indemnidad en Colombia y normas legales que apoyan esta garantía

El precedente más cercano a lo que es la garantía de indemnidad viene dado por la Sentencia T-034 de 2025 emanada de la Corte Constitucional, cuando señaló: *«La accionada vulneró el derecho al acceso a la administración de justicia de la tutelante, ya que, al condicionar su contratación a la no presentación de una reclamación, solicitud de conciliación o demanda en contra de la universidad, en vigencia de la relación laboral, le impuso un obstáculo indirecto y desproporcionado para el ejercicio del derecho a la administración de justicia.»*

Desde el ámbito normativo, el ordenamiento jurídico colombiano no es ajeno a la represalia, así, el artículo 354 del CST literal e), artículo modificado por artículo 39 de la Ley 50 de 1990, sobre Protección de del Derecho de Asociación, prescribe que, se considera como actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical *«Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma»*. Norma que hoy tiene posibilidad de hacerse efectiva a través del proceso

especial de protección de derechos sindicales previsto en el artículo 314 de la Ley 2452 de 2025, el cual tiene sus antecedentes entre otros, en los convenios 87 y 98 de la OIT, entre otros, y el art. 28⁷ del Estatuto de los Trabajadores Italiano. Este proceso, permite aplicar el art. 3 del CPTSS sobre aplicación de medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y aplicar fórmulas de justicia retributiva, compensatoria, restaurativa y terapéutica, con el fin de concretar medidas de reparación y reconstrucción positiva de las relaciones.

Asu vez, las Ley 1010 de 2006, art. 10 parágrafo 2 y art 11, sobre acoso laboral y Ley 2365 de 2024 sobre prevención, protección y atención del acoso sexual en el ámbito laboral y en las instituciones de educación superior en Colombia en los artículos 5⁸, 13⁹ y 14 parágrafo¹⁰ establecen la retaliación y sus consecuencias, quizás con muchas restricciones, las cuales no consultan la institución estudiada, empero, bajo el espectro del despido injustificado

con indemnización inaceptable constitucionalmente y la garantía de indemnidad, pueden tener una mayor irradiación protectora.

7.- Breve desarrollo de la evolución de la garantía de indemnidad en España

Inicialmente es concebida para contener la represalia del empleador frente al trabajador que acudía a los tribunales a reclamar sus derechos y de esa manera evitar que aquel utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar al trabajador, normalmente con el despido. El espectro de actuaciones del trabajador se ha ampliado para comprender dentro de la garantía de indemnidad los actos preparatorios y previos necesarios para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, incluyendo las reclamaciones ante la inspección del trabajo, las solicitudes de conciliación, mediación o arbitraje; el reclamo directo al empresario; los actos previstos en los convenios colectivos para reclamar derechos; también ha

⁷ **Artículo 28 (represión de la conducta antisindical):** «Cuando el empleador realice comportamientos dirigidos a impedir o limitar el ejercicio de la libertad y de la actividad sindical, así como el derecho de huelga, a instancia de los organismos locales de las asociaciones sindicales nacionales que tengan interés, el pretor del lugar donde se realiza el comportamiento denunciado, en los dos días siguientes, convocadas las partes y asumidas sumarias informaciones, cuando considere subsistente la violación del presente párrafo, ordena al empleador, con decreto motivado e inmediatamente ejecutivo, la cesación del comportamiento ilegítimo y la remoción de sus efectos».

⁸ **ARTÍCULO 5°. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.** Las víctimas de acoso sexual tienen derecho a la verdad, a ser tratada con dignidad, a la intimidad, confidencialidad, libertad de expresión, atención integral en salud, el acceso efectivo a la justicia, la reparación, la no repetición, la no revictimización, la no violencia institucional, a la protección frente a eventuales retaliaciones, a la no confrontación con su agresor, entre otros, acorde al marco constitucional, legal y jurisprudencial colombiano.

⁹ **ARTÍCULO 13°. GARANTÍAS DE PROTECCIÓN.** Las víctimas o terceros que conozcan del hecho de acoso sexual, tendrán derecho a ser protegidas de eventuales retaliaciones por interponer queja y dar a conocer los hechos de acoso, por medio de las siguientes garantías:...»

¹⁰ **PARÁGRAFO.** El despido efectuado en el trámite de un proceso por acoso sexual en el contexto laboral y/o dentro de los seis meses siguientes a la interposición de la queja se presume como retaliación causal de despido injustificado y dará lugar a una multa entre 1 y 5000 salarios mínimos legales diarios vigentes. Esta multa será reglamentada dentro de los 6 meses siguientes por el Ministerio del Trabajo atendiendo a los criterios de razonabilidad de acuerdo al tamaño de la empresa.

comprendido actos en los que se trata de una demanda colectiva interpuesta por sindicatos¹¹; cobija a testigos y se ha extendido a familiares del trabajador reclamante que laboren en la empresa.

No es necesario que el trabajador triunfe en las reclamaciones porque lo relevante es que haya una represalia como ejercicio de la acción judicial, de los actos preparatorios o previos.¹²

La garantía de indemnidad alcanza, incluso, a supuestos en que la extinción de la relación es decidida, no ya por la empresa para los que desarrollan servicios los trabajadores, sino por una empresa principal en caso de contratas o subcontratas de obras y servicios (art. 42 ET), pues dicha empresa principal, ante las demandas de los trabajadores, decide la extinción del contrato de prestación de servicios que mantiene con la contratista; generando, como consecuencia, la extinción de los contratos de los trabajadores por la vía de un despido colectivo ante la falta de actividad. En estos casos, lo que se plantea es que resulta constitucionalmente inaceptable que, ante una fragmentación de la condición de empresario, no pueda otorgarse la tutela jurisdiccional al trabajador; en este sentido las SSTC 75 y 76/2010, de 19 de octubre.¹³

Son tres los presupuestos para que opere la garantía de indemnidad, a saber: 1) debe existir una acción del trabajador en los términos y ampliaciones antes explicados; 2) la reacción empresarial, en principio una represalia con ánimo lesivo del derecho, pero se ha alcanzado una posición que

objetiva la situación, yendo simplemente a admitir que la reacción del empresario debe dañar el derecho; 3) por último, una relación de causalidad entre la acción del trabajador y reacción empresarial, donde resulta decisiva la prueba indiciaria y todo su desarrollo jurisprudencial.

La represalia normalmente es el despido, empero, no se descarta que consista en otro tipo de sanciones o consecuencias, siendo lo importante la represión a la lícita actuación del trabajador. Es una garantía objetiva en cuanto a que, la vulneración se da con independencia del ánimo lesivo de la actuación empresarial, centrándose en sí en la actuación del empresario que ha generado daño al trabajador, con independencia de la intención del empleador.

Es decir, no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma, esto es, habrá también lesión si, por razón exclusiva del ejercicio del derecho, se causa un perjuicio efectivo y constatable en el patrimonio jurídico del trabajador.

El elemento trascendental y complejo es la prueba de la existencia de la conexión o relación de causalidad entre la acción del trabajador y la respuesta del empresario. Se trata de una cuestión siempre difícil, pues el empresario intentará disimular u ocultar

¹¹ Entre otras STC 55/2004, SSTC 16/2006, 65/2006 y 44 de 2006.

¹² STC 120/2006.

¹³ Gorelli Hernández, Juan, ...o. p. cit. Pág. 50.

dicha relación de causalidad. Sin embargo, la jurisprudencia del TC ha acudido a la prueba de indicios.

El trabajador tiene la carga de probar indicios de los cuales se infiera la motivación del empresario. Tal como ha destacado el TC, el indicio no consiste en la mera alegación de vulneración del derecho, sino que debe permitir la deducción de una posible lesión. Una vez aportados los indicios, la carga de la prueba se traslada al empresario el cual no tiene que probar que su comportamiento no ha sido represivo, sino que debe probar que su comportamiento obedece a motivos objetivos y justificables, del todo ajenos a una intención represora o sancionadora del trabajador como consecuencia de su ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

8.- Respuesta del problema frente al ordenamiento jurídico colombiano

El acceso a la administración de justicia¹⁴ ha sido catalogado como derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, si se parte del componente de garantía de todas las personas de que trata el art. 229 C.P., para que puedan concurrir a la jurisdicción a plantear sus controversias y de esa manera evitar la autotutela de los derechos evitando imponer la ley del más fuerte. La protección del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia tiene dos dimensiones: (i) la posibilidad de acudir ante un juez o tribunal a presentar

las pretensiones para la protección de sus derechos o intereses y (ii) que dicho acceso a la justicia sea efectivo, al obtener la resolución de fondo de las pretensiones presentadas y que la misma se pueda hacer efectiva a través de su correcta ejecución.¹⁵

En esa medida, es importante tener en cuenta que el derecho de acceso a la justicia no se verifica únicamente con el hecho de acudir ante los jueces competentes, sino que implica que la persona que acude obtenga una solución de fondo pronta, cumplida y eficaz. Por ello, cuando quien concurre a la jurisdicción no obtiene respuesta de fondo en un término razonable, por razones imputables al aparato judicial, se puede concluir que existe vulneración del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia.¹⁶

El Estado está en la obligación de garantizar el derecho de los ciudadanos de acceder al aparato judicial a través de su participación en los procesos establecidos para ese propósito, al igual que «*a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas*»¹⁷.

Si bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado la faceta procesal del acceso a la administración de justicia, no se puede pasar por alto que, si un trabajador en particular, o un usuario en general de la justicia, sufre consecuencias por ese ejercicio de los derechos, resulta desconocido el acceso a

¹⁴Sobre el Acceso a la justicia en el nuevo CPTSS vid. Oliver Galé; Carlos Alberto, *Esbozo general sobre el acceso a la administración de justicia en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social- Ley 2452 de 2005*, El nuevo sistema procesal laboral colombiano, Estudios y análisis de la Ley 2452 de 2005, Edgard David Pérez (Editor Académico), editorial Tirant Lo Blanch y Universidad Libre, Bogotá 2025, págs. 27 y s.s.

¹⁵Corte Constitucional T-608/19

¹⁶Ibidem

¹⁷Sentencias C-426 de 2002.

la justicia, activándose dentro del núcleo esencial la tutela judicial efectiva en su componente garantía de indemnidad, la cual conlleva una situación de eficacia horizontal de este derecho fundamental, es decir, una eficacia entre privados, debiendo el Estado imponer deberes de protección y mandatos de actuación frente a la conducta de esos terceros, sean autoridades públicas o particulares que amenazan o lesionan bienes iusfundamentales protegidos de los trabajadores.

Este deber de protección no se puede quedar en la faceta procesal e interpretativa conforme a la Constitución, sino que, desde la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, el Estado asume un papel más activo consistente en remover obstáculos y de esa manera impedir que se continúe con el quebrantamiento constitucional.

Estos privados convertidos en pequeños leviatanes, tienen a través de la potestad organizativa y disciplinaria la posibilidad de desconocer y nublar el acceso de los trabajadores a la justicia para reclamar sus derechos, es por lo que, resulta pertinente concebir garantías para los operarios frente a las represalias de aquellos que ponen en mengua el orden jurídico por razones de reclamaciones de los derechos que el ordenamiento jurídico le otorga.

En ese sentido, ¿de qué sirve establecer mecanismos de protección de derechos laborales y de la seguridad social, si con el ejercicio de los mismos se van a sufrir consecuencias que afectan la estabilidad en el empleo y la dignidad de los trabajadores?, generándose un efecto desaliento, ya que, se van a sufrir consecuencias por el ejercicio de una prerrogativa fundamental como lo es acceder a los tribunales.

Sí la tutela judicial es la garantía propia y adecuada de los derechos, la garantía de indemnidad viene a ser la garantía de la garantía, por tanto, esa garantía debe contar con una tutela específica que les permita a los trabajadores poder ejercitar sus derechos, pues, de lo contrario se vacía de contenido el acceso a la justicia y se torna la tutela judicial en inefectiva.

El comportamiento empresarial buscará penalizar al trabajador que acude a la jurisdicción, así como la advertencia a otros trabajadores que no deben hacerlo, de donde deviene que, la actuación empleadora es sancionatoria como ejemplificadora o de advertencia. De lo anterior, se advierte que, la garantía de indemnidad cumple una finalidad reparadora como preventiva, siendo el objetivo la tutela inmediata del trabajador que ha sufrido una represalia por haber reclamado sus derechos la nulidad radical de la medida y, de paso, se evita el temor de los demás trabajadores de no poder de futuro ejercer su derecho fundamental de acceso a la justicia, so pena de ser represaliados.

No hay respuesta expresa del nuevo CPTSS, empero del contenido de la tutela judicial efectiva (art. 328 CPTSS), como desarrollo de los artículos 29 y 229 de la Carta Política, en concordancia con el artículo 3 de la aludida codificación cuando impone al juzgador el deber de adoptar medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, aplicando fórmulas de justicia retributiva, compensatoria, restaurativa y terapéutica, con el fin de concertar medidas de reparación y reconstrucción positiva de las relaciones laborales, de donde resulta incorporada la garantía de indemnidad, pues, ella precisamente es una forma de garantía de los derechos constitucionales

de los trabajadores, así como es una medida de reparación y reconstrucción de las relaciones laborales.

Si a lo anterior, le sumamos la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional acerca de que, en los casos de despidos que afectan de derechos fundamentales de los trabajadores la indemnización es inaceptable constitucionalmente, siendo el reintegro una medida única y adecuada de restablecimiento de los derechos del trabajador, es por lo que, resulta pertinente dichas líneas jurisprudenciales para entender incorporada en nuestro ordenamiento laboral una tutela inespecífica frente a las retaliaciones del empleador por ejercicio de los derechos fundamentales.

Los presupuestos de procedencia serían los mismos desarrollados por la jurisprudencia constitucional y social española, así como por la doctrina de dicho país, sumada a la comparativa chilena y norteamericana.

Sobre la carga de la prueba que nos permita acreditar la conexidad entre la conducta del trabajador de ejercicio de sus derechos y la reacción del empleador, puede ser aplicable la carga dinámica de la prueba consagrada en el art 128 del CPTSS planteando una salvedad acerca de que, el trabajador no está exento de una actividad mínima probatoria, pues, debe acreditar indicios sobre el componente de retaliación del empresario y de esta manera evitar que por cualquier motivo se utilice este mecanismo para conseguir estabilidad en el empleo donde no la hay.

El cauce procesal debe ser por la vía del proceso especial previsto en el artículo

300 del nuevo CPTSS, cuando establece que se tramitarán por el procedimiento establecido en los artículos 293 a 297, los asuntos donde se pretenda el reintegro del trabajador, relativos a estabilidad reforzada, norma que tiene el carácter de enunciativa.

9.- Prevenciones y objeciones

Frente a una estabilidad relativa manejada por la especialidad laboral en donde se aceptan solamente la estabilidad fuerte frente a los fueros específicos que se han desarrollado por el legislador, seguramente existirá la prevención acerca de la atipicidad de figuras como la garantía de indemnidad que pueden dar una estabilidad en sentido fuerte. Surgen inquietudes acerca de que cualquier discrepancia entre trabajador y empleador manifestada expresamente pueda configurar esta garantía, surgiendo la posibilidad de garantía de litigiosidad, aspecto infundado, en la medida en que, nuestro medio es propenso al litigio, amén de que no toda queja o motivo deban generar indemnidad, sino aquellas que impliquen retaliación y en donde se deben demostrar indicios del factor conexión funcional entre la reclamación y la consecuencia jurídica, sea despido, sanción u otra. Tales prevenciones son injustificadas porque, el trabajador como ciudadano cuando llega a la empresa no se despoja de los derechos fundamentales, sino que ingresa con dichos derechos a la fábrica o al entorno de trabajo digital, teletrabajo, trabajo en casa u otras formas de prestación de servicios subordinados. Y en ese orden los empleadores particulares son responsables por infringir la Constitución y las leyes (art. 6 C.P).

10.- Conclusiones

El nuevo CPTSS no trajo una disposición expresa sobre la garantía de indemnidad, empero, ella es deducible de los artículos 3 y 328 CPTSS, como desarrollo de los artículos 29 y 229 de la Carta Política. La garantía de indemnidad cumple una finalidad reparadora como preventiva,

siendo el objetivo el reintegro del trabajador que ha sufrido una represalia por haber reclamado sus derechos la nulidad radical de la medida y, de paso, se evita el temor de los demás trabajadores de no poder de futuro ejercer su derecho fundamental de acceso a la justicia, so pena de ser represaliados.

DOCUMENTO CON RELEVANCIA JURÍDICA (*ad solemnitatem - ad probationem*)

Diego Buitrago Flórez*

Resumen:

El artículo analiza el concepto de «documento con relevancia jurídica» distinguiendo dos categorías: sustancial y formal. La sustancial es la exigida por la ley como requisito esencial para la existencia o validez de actos o contratos (*ad substantiam actus*) y simultáneamente cumple función probatoria solemne (*ad solemnitatem*). La formal opera como medio de prueba (*ad probationem*), sin afectar la validez del acto. Se concluye que un documento puede revestir relevancia tanto sustancial como formal, según la exigencia legal y el tipo de acto o negocio jurídico de que se trate.

Palabras clave: documento jurídico, relevancia sustancial, relevancia formal, prueba documental, solemnidad, acto jurídico, contrato.

63

Documento con relevancia jurídica, puede decirse, es el que reviste importancia en el ámbito del derecho, sea de manera sustancial, sea de manera formal.

1. Documento con relevancia jurídica sustancial (*ad substantiam actus*, prueba *ad solemnitatem*).

Documento con relevancia jurídica sustancial es el exigido por la ley para la existencia o validez del acto o contrato. En tal caso constituye en sí un requisito e instrumento *ad substantiam actus* (elemento esencial para la existencia o validez del acto), al paso que, por expresa *tarifa legal*, es a la vez prueba o forma *ad*

solemnitatem (para la solemnidad). Medio de prueba solemne. **Forma dat esse rei** (la forma da al ser la cosa).

Por lo antedicho se sostiene que la connotación del documento con relevancia jurídica sustancial es mixta, en cuanto es al mismo tiempo requisito esencial (o material) y medio de prueba –solemne– del acto o contrato.

En lo que a la *tarifa legal* concierne, el inciso 1º del artículo 176 del Código General del Proceso (artículo 187 del Código de Procedimiento Civil) dispone: «**Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de

* Magistrado de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cali.

las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos». (Se subraya).

A su turno, el inciso 1° del artículo 225 del mismo estatuto (artículo 232 del Código de Procedimiento Civil) reza: «**Limitación de la eficacia del testimonio**. La prueba de testigos no podrá suplir el *escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato*». (Se subraya).

De manera explícita el artículo 256 íbidem (artículo 265 del Código de Procedimiento Civil), reiterativo en lo pertinente del artículo 1760 del Código Civil¹, refiriéndose a los instrumentos o formas **ad substantiam actus**, establece que la falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato «no podrá suplirse por otra prueba».

64

En similar sentido, el enunciado final del inciso 1° del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social advierte: «(...) cuando la ley exija determinada solemnidad **ad substantiam actus**, no se podrá admitir su prueba por otro medio».

2. Documento con relevancia jurídica formal (medio **ad probationem**)

Documento con relevancia jurídica formal, es el que reviste una estructura específica y que sirve de prueba como tal, vale decir como forma documental específica, caso en el cual constituye medio **ad probationem**, con independencia de sus efectos o alcance.

En tal evento el documento es forma **ad probationem** (para la prueba).

Sobre el citado aspecto, el enunciado final del inciso 1° del artículo 243 del Código General del Proceso (enunciado final del inciso 1° del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil), que lleva por título «**Distintas clases de documentos**», establece que son documentos «*todo objeto mueble que tenga carácter representativo² o declarativo³, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios y similares*».

La misma norma, en su apartado inicial, cita como ejemplos de documentos «*los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, [y] sellos*».

En el anterior orden de ideas, bien puede decirse que, cuando el documento es concebido como instrumento **ad substantiam actus** y por consiguiente como forma **ad solemnitatem**, ostenta la doble condición de forma **ad probationem** y forma **ad solemnitatem**. Forma **ad probationem** por consistir en un medio de prueba (documental) específico. Forma **ad solemnitatem** por exigirlo así la ley y no ser posible omitirlo como formalidad.

De lo expuesto se colige que hay eventos en que el documento reviste relevancia jurídica tanto sustancial como formal, vale decir, es esencia y forma a la vez. Un ejemplo concreto es la escritura pública

¹ C.C. Art. 1760.- «La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno.

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes».

² El que exhibe una figura, idea o símbolo específico.

³ El que contiene uno o varios actos de voluntad productores de efectos jurídicos.

contentiva de un contrato de compraventa sobre un bien inmueble⁴. Se trata de un documento con relevancia jurídica *sustancial*, dado que es mediante dicho tipo de instrumento que se perfecciona el contrato de compraventa de todo bien raíz (artículo 1857 del C. C.), y también con relevancia jurídica *formal* por ser lo que es: una escritura pública. Ahora bien, si no alcanzare a ser escritura pública (y no fuere por ende prueba idónea del contrato de compraventa inmobiliaria), tendría, en todo caso, relevancia jurídica formal, por ser un documento (forma documental específica) con fuerza probatoria, en mayor o menor intensidad. Así las cosas, podría servir de prueba de un contrato no sometido a forma o solemnidad escrita (v. gr. el de arrendamiento o el de compraventa

de un bien mueble), siempre que estuviere firmado por las partes. (Artículos 1760 del C. C., 259 del C. G. P. y 266 del C.P. C.).

Se sigue de lo predicho que el documento en que se instrumenta el negocio jurídico no solemne tiene relevancia *formal* en cuanto sirve de medio de prueba del negocio.

En tal evento el documento es instrumento ***ad probationem*** y no requisito ***ad solemnitatem***, habida cuenta que no es el único medio idóneo para demostrar la existencia del negocio.

En el referido caso, la omisión de la formalidad escrita no afecta la existencia o validez del acto o contrato. Cosa distinta es que pueda hacerse más difícil demostrarlo⁵.

⁴Al respecto, los artículos 12 y 13 del Decreto-Ley 960 de 1970 (Por el cual se expide el estatuto del notariado) señalan, en su orden:

Art. 12.- «Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquéllos para los cuales la ley exija esta solemnidad».

Art. 13.- «La escritura es el documento que contiene declaraciones en **actos jurídicos**, emitidas ante notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo. El proceso de su perfeccionamiento consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización».

Sobre el particular versa la sentencia de 31 de marzo de 2005, de la Sección Tercera del Consejo de Estado (M. P. Rafael E. OSTAU DE LAFONT PIANETA), publicada en: *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXXIV, N° 402, junio de 2005, Bogotá, Legis, pp. 790 a 794.

⁵ A las exigencias ***ad substantiam actus***, ***ad probationem*** y ***ad solemnitatem*** se refieren las sentencias de 3 de marzo de 1977 y 28 de febrero de 1979, ambas de la CSJ, C. La segunda de ellas publicada en la G. J. CLIX, N° 2400, primera parte, pp. 44 a 59.

LA JUSTICIA TERAPÉUTICA Y RESTAURATIVA EN ÁMBITOS LABORALES: UNA PROPUESTA PARA EXPLORAR CAMINOS HACIA UN TRABAJO DECENTE

*Gustavo Adolfo Millán Cuenca**

Resumen:

Se analiza la justicia restaurativa y terapéutica aplicada al ámbito laboral como alternativa a la justicia retributiva tradicional. Se resalta su enfoque en la reparación del daño, el diálogo y la participación de las partes para resolver conflictos laborales, superando soluciones centradas exclusivamente en indemnizaciones económicas. Estas herramientas buscan dignificar el trabajo, promover la paz social y prevenir la repetición de conductas, alineándose con los principios de la OIT. Se concluye que su implementación puede contribuir a garantizar un trabajo decente y fortalecer la tutela efectiva de los derechos humanos laborales.

66

Palabras clave: justicia restaurativa, justicia terapéutica, trabajo decente, derechos laborales, reparación del daño, diálogo, OIT.

En abril de 2026, los usuarios del proceso laboral encontraron unas figuras novedosas y exóticas que no eran familiares para el quehacer diario, lo natural ha sido tratar de dar respuestas semánticas o lógicas a lo que puede significar eso enfoques restaurativos o fórmulas de justicia restaurativa y terapéutica contenidas en los artículos 3 y 258 de la Ley 2452 de 2025, por lo anterior, abrir la puerta a estudiar este tipo de herramientas procesales resulta importante y necesario para todo el que aspire a garantizar la tutela judicial efectiva.

El estudio y puesta en escena de los diferentes métodos de justicia terapéutica y restaurativa han sido enfocados, tradicionalmente, en ámbitos donde existe un agresor y una víctima, aspectos que son patentes en escenarios naturales del derecho penal y el derecho disciplinario y en ámbitos relativos al derecho de daños. Basta una mirada a los principales instrumentos de justicia terapéutica y restaurativa para observar el linaje que se le brinda al tema, desde sus inicios se pone la lupa en la preocupación por la forma en que los Estados enfrentan los crímenes y

* Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

el tratamiento que se da a las víctimas y victimarios, un ejemplo es como Howard Zehr pretende dar una mirada panorámica a la justicia restaurativa¹ y empieza por referirse al crimen y a la forma como han respondido los sistemas de justicia ante él, principalmente, afectando la libertad.

En ese mismo horizonte, Sampedro-Arrubla² refiere que la justicia restaurativa se encamina a ver y sentir la presencia de los muertos, a reconocer que la conducta punible causó daños concretos a las personas y a las comunidades, e insta a que la justicia repare los daños con participación activa en el proceso de solución. Involucra a la comunidad, a la víctima y al infractor para dar una respuesta al delito para procurar reparación y paz social.

Calvete Merchán, L.³ en su módulo de estudio para la formación de jueces y magistrados, al tratar de definir la justicia restaurativa también orienta sus esfuerzos al ámbito del derecho punitivo y cita el Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina Contra Las Drogas y el Delito de las Naciones Unidas que define este instrumento de justicia como una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes, en el mismo sentido cita la Directiva 2012/29 de la Unión Europea que la define como cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, previo consentimiento, en los problemas

resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial.

En ese mismo horizonte, Adela Robles⁴ citada por el mismo Calvete Merchán, precisa que es una modalidad de justicia que no sigue los esquemas convencionales de concepción y reacción ante un delito, sino que presenta una serie de elementos bajo unos valores y prismas diferentes, centrado en la reparación del daño en un escenario participativo y dialogante con garantías jurídicas y la necesidad de compromiso.

Resultaría intuitivo pensar que este tipo de instrumentos para dar tratamiento a un conflicto social emanan de la trasgresión de un bien jurídico protegido por el Estado y la necesidad de una consecuencia jurídica ante tal conducta y es habitual que los anteriores escenarios nos lleven a pensar en un delito, un criminal y una persona perjudicada. No obstante, este tipo de métodos de atender los conflictos tienen un espectro mucho más amplio e interesante y así se puede consultar en Wexler⁵, citando a Weinstein, donde establece que un proceso adversarial nos alienta a encontrar lo peor sobre la otra parte, sacarlo a la luz y conversar sobre cuán terrible es el otro.

El autor pone este contexto en un conflicto familiar por la custodia de los hijos y concluye que es traumático para los hijos y dañino para la relación de los padres, en otras palabras, es un escenario de destrucción donde se dará una respuesta al conflicto llevado a los tribunales pero de ningún modo será una solución a él,

¹ Zehr Howard (2007)

² Sampedro Arrubla, J. (2010)

³ Calvete Merchán, L. (2022)

⁴ Robles, A. (2022)

⁵ Wexler D. (1999)

por el contrario, puede ser el germen de una escalada peligrosa del mismo, pues agudiza las heridas y sepulta cualquier idea de diálogo.

La propuesta de Wexler es que puede existir otra forma menos dañina de resolver este problema, como la mediación o los nuevos mecanismos de divorcio colaborativo y la justicia terapéutica se centra en exploraciones creativas.

Siguiendo por esta línea, la Declaración de Cartagena de 2022 proclama la justicia restaurativa como un derecho humano y la considera como un acto ético, democrático, reconocedor de la dignidad humana que sobrepasan el derecho penal y apunta al empoderamiento del ciudadano para que participe de la solución pacífica de los conflictos. Además, es una herramienta esencial para la promoción de los derechos humanos y la construcción de una cultura de paz.

En el ámbito del derecho social, esa cultura de paz enfrenta unas amenazas que fueron condensadas desde el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en el año 1919 al referir que las condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos constituyen una amenaza para la paz y armonía universales y, en ese sentido, se establecieron principios de dignidad, igualdad, no discriminación y libertad⁶, los cuales también son apropiados por la justicia restaurativa como esenciales para su concreción.

Bajo esos presupuestos, en materia de derecho social existen muchos aspectos en los cuales la justicia restaurativa y terapéutica podría tomar una importancia inusitada para atender los conflictos de este carácter, pues se puede afectar la dignidad, la igualdad, la salud, la vida, entre otros derechos humanos, en el escenario de un conflicto laboral o de la seguridad social.

Desde esa óptica, cualquiera de esos escenarios es un punto de partida propicio para la implementación de modelos de justicia restaurativa y terapéutica, pues la principal característica del derecho social y, más exactamente, el derecho del trabajo es el desequilibrio de las relaciones pues se trata de una asimetría contractual, es decir, existe un extremo con capacidad real de subordinar y someter y otro extremo en condición de indefensión y en el que la obediencia es uno de las principales características.

Con base en lo anterior, no se puede dejar de lado que entre los principales objetivos de la OIT está lograr un trabajo decente y procurar que el trabajo no sea visto como una mercancía sino como una necesidad connatural a la esencia del ser humano que no puede separarse del individuo que ejerce una labor al servicio de otro. En tales aristas, es posible equiparar *mutatis mutandi* la principal pretensión en proceso judicial del trabajo con la pretensión del sistema punitivo; en el primero se persigue dinero y, en el segundo, imponer una pena como la privación de la libertad.

⁶ Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia) (1944) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades;

Ambas facetas *dinero-cárcel* son eminente reduccionistas y limitadas, propias de una justicia retributiva en la que la espada de la justicia debe caer sobre quien trasgredió las normas en detrimento de otro. Es aquí donde toma relevancia lo que Wexler⁷ denominó exploraciones creativas, donde se deja de la lado esa idea de que se pone fin a un conflicto cuando una parte gane aplastando a la otra y desnudando todos sus errores ante el juez de los hechos (juez profesional o jurado de conciencia, según el modelo de justicia que se implemente). Esas exploraciones creativas deben centrar sus faros en un lugar distinto al del binomio *dinero-cárcel* y perseguir, sin descanso, la satisfacción de los principios que irrigan las arterias de los ordenamientos jurídicos como son la dignidad, la igualdad y no discriminación, la libertad y la paz.

Si la atención se centra en esos principios, las soluciones a los conflictos estarán muy lejanas a la entrega de dineros o bienes y se acercarán a mecanismos de reparación, no repetición (individual y colectiva), diálogo y, en suma, dignificación del ser humano.

Este lenguaje es ajeno a las decisiones ordinarias pero encuentra cimientos en múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional⁸ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹ al revisar conflictos sobre derechos humanos laborales que, por brevedad, no se analizarán pero que son una muestra de la importancia de ver más allá de la simple compensación económica.

Una paradoja tremenda surge en este punto, la OIT ha creado mecanismos

internacionales para orientar a los estados y a la justicia hacia la dignificación del trabajo y para que el trabajo no sea considerado una mercancía, sin embargo, las sentencias judiciales, en su gran mayoría, se orientan hacia la justicia retributiva, es decir, hacia el pago de sumas de dinero. En otras palabras, no se puede pretender eliminar la idea de mercantilización del trabajo humano en el mundo y, a la vez, solo imponer sanciones pecuniarias y en metálico cuando se trasgreden los derechos humanos de los trabajadores y trabajadoras. La paradoja se vería en un silogismo así: *EL TRABAJO NO ES UNA MERCANCÍA entonces si se violan los derechos humanos de los trabajadores se deberán pagar sanciones en DINERO.*

La paradoja está tan arraigada que se considera que si se condena a una gran suma de dinero resulta ejemplificante y, con ello, las empresas no incurrirán en ciertas prácticas y ese trabajador se verá reparado y su dignidad será robustecida. Nada más alejado de la realidad, las consecuencias de una sentencia judicial, en ese tenor, tienen un impacto profundo en los contendientes y el mensaje que se deja no es para nada alentador: **Los derechos humanos se compran con dinero y entre más grave la violación más costoso es.**

Además del mensaje social, la decisión judicial está antecedida de un debate probatorio donde el ánimo común es desnudar los errores del otro y exhibirlo de la peor manera ante la autoridad judicial, lo que entraña una ruptura irreparable de la comunicación entre los extremos de la *litis*.

⁷ Wexler D. (1999)

⁸ Sentencias T-277/2020, T-317/20, T-141/24, T-265/ 2024, T-364/24, T-073/25, T-132/ 2025, T-104/ 2025.

⁹ Cinco pensionistas vs Perú, Fazenda verde Vs Brasil, Lagos del Campo vs Perú, entre otros.

El cambio de paradigma que trae la Ley 2452 de 2025, puede generar interesantes avances en materia del derecho social si se procura la participación de los extremos de la controversia en soluciones para finalizar el conflicto, no necesariamente con dinero. Generar espacios de diálogo donde se pongan de manifiesto los intereses de las partes y se motive la proposición de alternativas para esos efectos es una práctica plausible. Así mismo, esas alternativas pueden procurar establecer las condiciones para evitar la repetición de conductas generadoras de conflicto y, a la postre, no solo se solucionará un conflicto concreto sino que se pondría el primer ladrillo para construir un ambiente de respeto por los derechos y ambientes dialógicos y participativos.

El lenguaje de enfoques restaurativos y de justicia terapéutica genera desconfianza en el interlocutor lego que nunca ha conocido la filosofía de estos métodos y de los resultados que se han logrado en el mundo y en Colombia. Basta revisar los casos de éxito que han tenido en Cali¹⁰, Santander¹¹, Palmira¹² Bogotá¹³, entre otros, para creer que sí es posible acudir a otras alternativas diferentes a la espada, la sanción e indemnización para lograr justicia.

Estará en manos de los administradores de justicia si se sigue en aplicación de la paradoja antes mencionada o se empieza a explorar por senderos que sí podrían

contribuir al anhelo de la OIT: la garantía de un trabajo decente y la dignidad como bandera en el ejercicio de las relaciones del trabajo.

Bibliografía

- Sampredo Arrubla, J. (2010) La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal, 17 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 87-124.
- Zehr H., (2007) El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa, Good Books, Intercourse PA.
- Robles, A. (2022) El Leguaje Restaurativo: Valoración de su poder potencial educativo contra la violencia de género. Editorial Bosch, Barcelona
- Calvete Merchán, L.(2022). Enfoques Restaurativo y Terapéutico en el ámbito judicial, Módulo de Formación Autodirigida, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Wexler D. (1999). Justicia Terapéutica: Una visión General, Simposio sobre leyes de discapacidad, Escuela de Derecho Thomas Cooley.
- Declaración de Cartagena (2022)
- Constitución de la OIT (1919)
- Declaración de Filadelfia (1944)
- Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo fue adoptado en 1998
- La Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (2022) recuperado de: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf consultado por última vez el 22 de febrero de 2025.
- Congreso de la República de Colombia Ley 1616 de 2013 recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1616_2013.html

¹⁰ <https://www.radionacional.co/noticias-colombia/justicia-juvenil-restaurativa-en-cali-2023>

¹¹ <https://santander.gov.co/publicaciones/10458/programa-de-justicia-juvenil-restaurativa-resuelve-conflictos-con-apoyo-profesional-y-previene-del-delito/>

¹² <https://youtu.be/hPb8V4cT0-U?si=HjCRqjSKWiToGgIP>

¹³ <https://scj.gov.co/es/noticias/di%C3%A1logos-reparan-as%C3%AD-funciona-c%C3%ADrculo-res-taurativo>

DECLARACIONES PREVIAS AL JUICIO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Orlando Echeverry Salazar*

Resumen:

El artículo analiza el tratamiento de las declaraciones previas al juicio en el sistema penal acusatorio colombiano (Ley 906 de 2004), destacando que, por regla general, no constituyen prueba debido a la ausencia de inmediación, contradicción y confrontación. Su uso natural se limita a refrescar memoria e impugnar credibilidad. Excepcionalmente pueden adquirir valor probatorio como prueba de referencia o testimonio adjunto, bajo estrictas condiciones jurisprudenciales. Se enfatiza la necesidad de proteger el debido proceso, evitando que la ampliación de excepciones debilite garantías fundamentales, como el derecho a confrontar testigos y la prohibición de condenar exclusivamente con prueba de referencia.

Palabras clave: declaraciones previas, prueba de referencia, testimonio adjunto, impugnación de credibilidad, refrescamiento de memoria, debido proceso.

71

Introducción

La implementación del sistema penal acusatorio mediante la Ley 906 de 2004 transformó estructuralmente el régimen probatorio colombiano. La oralidad, inmediación, contradicción y concentración pasaron a constituirse en pilares esenciales del juicio penal, desplazando claramente los modelos de permanencia de la prueba y su simple contradicción en cualquier etapa del proceso, que tiene reconocida su escasa eficacia a la hora de ejercer el derecho de defensa.

En ese contexto, uno de los problemas más complejos que presenta la ley 906

de 2004 y que ha sido enfrentado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como se desarrollará más adelante, es el tratamiento de las declaraciones previas al juicio oral, que tiene como factor común que en su creación y aportación al proceso carecen de la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (un concepto diferente a la contradicción, que aparece mencionado solo en el artículo 16 del C. de P.P. y desarrollado en el artículo 8-K ib.).

Las declaraciones previas al juicio

Las declaraciones previas al juicio como actos de investigación o actos preparatorios

* Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

del juicio oral recopilados en las etapas de indagación (antes de la formulación de imputación) e investigación (posteriores a la formulación de imputación y previos a la presentación del escrito de acusación), que permiten a la fiscalía como titular de la acción penal y con la carga constitucional de conseguir los medios de conocimiento (elementos materiales probatorio, evidencias físicas e información legalmente obtenida, como se denominan en esta etapa procesal) que le permitan desvirtuar la presunción de inocencia (art. 250 C. N.), completar los presupuestos legales para tomar decisiones en tales etapas, como solicitudes de captura (297), formulación de imputación (286), medidas de aseguramiento (306 y ss) y formulación de acusación (art. 336 L.906-2004).

También la defensa (técnica y material) como parte dentro del proceso cuenta con amplias facultades investigativas (arts. 124, 130, 267, 268, 271, 272, 274 Ley 906 de 2004) que le permiten conseguir elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida y practicar actos de investigación de diferente índole siempre que no involucre derechos fundamentales de terceros, por lo tanto no estará autorizada la defensa para solicitar interceptaciones telefónicas, realizar allanamiento y registros, entre otros actos de investigación que están constitucionalmente atribuidos a la Fiscalía General de la Nación con los respectivos controles previo y posterior del juez de Garantías constitucionales.

Dígase que la víctima también tiene facultades para obtener y practicar actos de investigación (art. 132 y ss; C-209-2007, entre otras).

Ahora bien, frente al concepto de lo que es o constituye una declaración, para los efectos de este documento, se coincide en señalar, con criterio general, que una declaración puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta. También se conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida (Rad. 32050 de 2009).

El contenido de la declaración tiene relación con los hechos jurídicamente relevantes, que a su vez son el tema de prueba del proceso, es lo que abarca los polos del litigio; que en materia penal se actualizan con la estructura dogmática del tipo penal que corresponda, están referidas a la norma penal, al principio de legalidad. En ese sentido será una declaración toda manifestación de una persona conocida o conocible referida que sirve para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación y agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate (art. 437 L.906-04).

Uno de los conceptos más claros, aparece en la sentencia SP606-2017, Rad. 44950, donde la Sala Penal indicó: «en el sistema

procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral». En esa misma providencia, la Corte explicó que las entrevistas y declaraciones previas: son actos preparatorios del juicio; sirven ordinariamente para orientar la investigación.

Establecido esto, la cuestión central ha consistido en determinar qué uso se les puede dar a esos actos de investigación para que puedan tener relevancia jurídica, importancia probatoria; cuándo se pueden convertir en pruebas y dejar de ser simplemente elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida. O lo que es igual, cuándo y en qué medida el juez los puede valorar en la sentencia.

Así, es importante determinar cuándo esas declaraciones pueden utilizarse; cuáles son sus límites; qué valor jurídico poseen; y cómo compatibilizar su utilización con el derecho de confrontación y contradicción.

Uso natural de las declaraciones previas al juicio

Tienen como uso natural, refrescar memoria e impugnar credibilidad a un testigo que está declarando en el juicio, dado que constituyen prueba no controvertida, también conocida como prueba sumaria. Es decir, su valor es conseguir disminuir el peso o valor de una prueba o mejorar su contenido en el caso de refrescar memoria.

En principio, el juez, no podrá sustentar la sentencia en la declaración practicada por fuera del juicio cuando se usa naturalmente, solo podrá usarla para determinar el valor o peso de alguna prueba, de acuerdo con la eficacia o no de la impugnación de

credibilidad (art. 403-4 L.906-04) o de la precisión de sus dichos con la ayuda para la memoria (392 y 399 ib.)

Dada su naturaleza extra juicio, las declaraciones practicadas por fuera del juicio oral, no tienen la calidad de pruebas, por lo tanto, solo pueden usarse, de acuerdo con su naturaleza, para los efectos de coadyuvar la práctica de una prueba en el juicio, preparar un interrogatorio o un contrainterrogatorio, para conseguir darle más peso a una prueba o mermar su valor. Es decir, solo pueden usarse para refrescar memoria a un testigo o perito, o para impugnar su credibilidad tanto en el interrogatorio como el contrainterrogatorio.

La jurisprudencia ha señalado reiteradamente que tales declaraciones, por regla general, no constituyen prueba autónoma, porque no fueron producidas con observancia plena de los presupuestos del artículo 16 procesal penal, como la inmediación, publicidad, contradicción, oralidad. La Corte Constitucional, en las sentencias C-873 de 2003 y C-591 de 2005, explicó que el sistema acusatorio privilegia la producción probatoria en juicio oral y que las excepciones a dicho modelo deben interpretarse restrictivamente.

Ahora bien, para que tales declaraciones previas al juicio obtengan el carácter de prueba, es decir que el juez pueda valorarlas en la sentencia de manera sustantiva, esto es, para condenar o absolver, se tienen que convertir o transformar en prueba de referencia (437 y 438 L.906-04) o testimonio adjunto o complementario (creación jurisprudencial traída de las reglas de evidencia del Estado de Puerto Rico. Ver regla 802).

La Sala penal de La Corte suprema de justicia en las sentencias: SP2667-2019, Rad. 49509, 17 de julio de 2019; SP5021-2021, Rad. 58853, SP126-2024, Rad. 61317, SP2262-2024, Rad. 61147 enmarca una definición sobre las «declaraciones previas al juicio» como:

- Manifestaciones realizadas fuera del juicio oral;
- Sometidas, por regla general, a limitaciones de incorporación y valoración;
- Utilizables excepcionalmente como:
 - prueba de referencia,
 - testimonio adjunto/complementario,
 - herramienta de impugnación de credibilidad,
 - mecanismo de refrescamiento de memoria;
- condicionadas a garantías de contradicción, confrontación y debido proceso...»

Así, las figuras procesales de refrescamiento de memoria, impugnación de credibilidad, prueba de referencia y testimonio adjunto, aunque todas involucran declaraciones rendidas antes del juicio oral, poseen

naturaleza jurídica, finalidades y consecuencias procesales distintas, a saber:

Refrescamiento de memoria

1. Concepto:

El refrescamiento de memoria es el mecanismo procesal mediante el cual un testigo es autorizado por el juez para consultar documentos, informes o anotaciones para recuperar el recuerdo de hechos percibidos personalmente. Su fundamento normativo se encuentra principalmente en los artículos 392 literal d) y 399 del Código de Procedimiento Penal. Tales documentos que son objeto de la consulta para refrescar memoria, deben ser conocidos por los sujetos procesales, luego entonces están sometidos al descubrimiento probatorio (art. 344 L.906-04)¹.

Debe precisarse que el documento o elemento material probatorio, utilizado para refrescar memoria no constituye prueba autónoma, el documento solo cumple función auxiliar, no podrá ser incluido como prueba al acervo probatorio y menos aún podrá ser valorado por el juez sustantivamente. La prueba continúa siendo el testimonio oral rendido en audiencia, pues el testigo debe declarar desde memoria recuperada, así la oralidad permanecerá intacta. no puede permitirse que se use este mecanismo para incorporar

¹ ARTÍCULO 399. TESTIMONIO DE POLICÍA JUDICIAL. El servidor público de policía judicial podrá ser citado al juicio oral y público a rendir testimonio con relación al caso. El juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar.

ARTÍCULO 392. REGLAS SOBRE EL INTERROGATORIO. El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

«...d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos...».

elementos de prueba no habilitados conforme con el debido proceso penal.

Este protocolo de recuperación de la memoria del testigo no puede suplir vacíos de percepción directa, el testigo únicamente puede declarar sobre hechos observados personalmente (art. 402 L.906-04).

En el protocolo o dinámica en desarrollo del juicio, se deben sentar las bases, permitiendo advertir al juez y a las partes que el testigo no tiene memoria sobre el tema específico que es el objeto de la declaración que está rindiendo y que necesita de determinado elemento material probatorio. Al usar el documento y antes de permitirlo al testigo, deberá ponerse a disposición de las partes con la finalidad que lo reconozcan como uno de los elementos materiales probatorios que fue descubierto. Se procede enseguida a autenticar el documento con el testigo; esto se refiere a que el testigo identifique y describa el documento con el que se va a realizar la dinámica de refrescar memoria.

Una vez autenticado el documento el testigo deberá leer o percibir mentalmente el aspecto específico que es materia de recordación. Esto obviamente deberá ser controlado o dirigido por el interrogador, que le dirá al testigo qué parte del documento debe recordar o fijar en su memoria. Una vez sea suficiente el tiempo que se le otorgue al testigo, se debe retirar el documento de las manos del testigo. Así procederá el interrogador con su cuestionario.

Ha dicho la Corte:

«...el refrescamiento de memoria es una técnica auxiliar del interrogatorio, autorizada por el artículo 392 de la Ley 906 de 2004, que permite al testigo consultar mentalmente documentos necesarios para superar una dificultad de rememoración. No constituye incorporación probatoria del documento ni de su contenido, ni habilita al juez para valorar la declaración previa como prueba autónoma. Para su procedencia, debe verificarse que el testigo tenga conocimiento personal y directo del hecho, que exista una dificultad real de memoria, que el documento sea idóneo para auxiliar la rememoración y que sea previamente exhibido a la contraparte para garantizar contradicción y control...»².

Así se ha establecido como línea dominante las siguientes reglas de refrescamiento de memoria:

1. El documento consultado no es la prueba.
2. La prueba sigue siendo el testimonio oral.
3. El refrescamiento solo cumple función mnémica.
4. El testigo debe declarar sobre hechos percibidos personalmente.
5. El mecanismo no puede utilizarse para incorporar declaraciones o elementos materiales probatorios no incorporados legalmente (art. 360 L.906-04).

Impugnación de credibilidad

1. Concepto. La impugnación de

² Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, entre otras, en CSJ SP606-2017, rad. 44950; CSJ AP5785-2015; CSJ SP2667-2019, rad. 49509; CSJ SP5102-2021, rad. 56323; y CSJ SP5461-2021, rad. 54495).

credibilidad tiene como finalidad cuestionar la confiabilidad del testimonio rendido en juicio oral. Su fundamento normativo principal se encuentra en los artículos 403 y 347 del Código de Procedimiento Penal.

La jurisprudencia ha sido uniforme en señalar que las declaraciones previas utilizadas para impugnar credibilidad no constituyen prueba autónoma de los hechos narrados en ellas, es decir que el juez solo puede valorarlas para restarle peso o valor a un testimonio que se está rindiendo en el juicio oral; no podrá usar la declaración previa para tener por demostrado alguno de los polos del proceso³, pues como se anotó la prueba sustantiva solo es el testimonio que se va a impugnar o contradecir con la declaración previa.

Las declaraciones previas inconsistentes sirven para afectar la credibilidad, no constituyen prueba autónoma de responsabilidad; se debe confrontar directamente al testigo con sus afirmaciones anteriores.

Línea dominante sobre impugnación de credibilidad que la Corte Suprema de Justicia ha mantenido invariablemente las siguientes reglas sobre impugnación de credibilidad:

1. La declaración previa no se incorpora como prueba sustancial.
2. La finalidad es exclusivamente desacreditar la confiabilidad del testigo.

3. Debe existir confrontación concreta con la inconsistencia.
4. El testigo debe tener oportunidad de explicación.
5. El juez no puede asumir automáticamente como cierta la declaración previa⁴.

El protocolo para impugnar la credibilidad de un testimonio se debe desarrollar de la siguiente manera, o por lo menos cumpliendo con los siguientes pasos:

- a. A través del conainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación), se conoce como sentar las bases;
- b. Darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo la acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior).
- c. Si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de esta, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso.
- d. La incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones

³ SP1945-2025 rad. 63475

⁴ Ver con mejor provecho, entre otras: SP — 9 nov. 2006 — Rad. 25738; SP — 21 feb. 2007 — Rad. 25920; SP — 8 nov. 2007 — Rad. 2641; SP6808-2016).

documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de sus usos posibles (CSJ SP12229-2016, 21 ago. 2016, rad. 43916, reiterada en CSJ SP606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950 y CSJ SP3981-2022, 30 nov. 2022, rad. 56993, entre otras), citadas en la reciente sentencia SP1945-2025 (63475).

Prueba de referencia

1. Concepto

La prueba de referencia, según el artículo 437 del C. de P.P., corresponde a declaraciones realizadas fuera del juicio oral que son introducidas para demostrar los hechos jurídicamente relevantes, sin posibilidad efectiva de confrontación respecto de su autor, por su imposibilidad de ser practicada en el juicio, en las situaciones previstas taxativamente en el art. 438 del C. P.P.

Su regulación se encuentra principalmente en los artículos 437 a 441 del Código de Procedimiento Penal. La jurisprudencia ha sostenido que se trata de una excepción al principio de inmediación y, por ello, su admisión debe interpretarse restrictivamente. En efecto, el artículo 381 inc. 2 del C. de P.P. impone que en ningún caso se podrá proferir sentencia condenatoria exclusivamente con prueba de referencia. Significa esto que la prueba de referencia tiene un valor menguado pues frente a ella la ley ha consagrado una tarifa legal negativa.

El elemento esencial de la prueba de referencia y que termina explicando su valor menguado, es la ausencia de confrontación efectiva. Entendiendo el derecho de confrontación (art. 16 y 8-K, L.906-04), como aquel que le pertenece al acusado y le permite tener en el estrado

al testigo de cargos (presente en el juicio voluntaria o coercitivamente) para interrogarlo directamente o por medio de su defensor. Sin la posibilidad de ejercer este derecho la prueba no podrá tener un valor completo para cumplir sus fines que conforme con el artículo 372 ib. son llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos de que trata. Contrario a ello, la jurisprudencia explica que, si el testigo comparece al juicio y puede ser contrainterrogado, normalmente desaparece el problema del hearsay («... rumor...») como se le conoce en el derecho de los EU) y la prueba adquiere su valor completo.

La admisibilidad en el proceso de la prueba de referencia es excepcional; la regla general es que resulta inadmisibile por la misma estructura del proceso penal basada en los principios de inmediatez y concentración de la prueba. El artículo 16 procesal penal dispone que «...únicamente...» se estimará como prueba la que ha sido producida bajo esos principios. Lo que se opone abierta y claramente al principio de **permanencia de la prueba** que regía en las otras normativas procesales, en cuanto la prueba practicada en cualquier estadio procesal mantendrá su valor durante todo el proceso, aunque no se practique en presencia del juez.

La excepción al principio de inmediación que sustenta la prueba de referencia se explica solo por la vigencia de las causales previstas en el art. 438 procesal penal. Como norma excepcional, las causales tienen y deben tener interpretación restrictiva pues habilitan la incorporación al juicio de una prueba insana que termina generando una *capitis diminutio* media para el procesado, pues sin permitirse el derecho a la **confrontación** se da valor probatorio a

una declaración previa al juicio, reviviendo el principio de la permanencia de la prueba.

Demás que cada vez se incrementan las excepciones a la inadmisión de la prueba de referencia, al crear la jurisprudencia el concepto de prueba de referencia de derecho, concretamente en el caso de menores víctimas de delitos sexuales y de mujeres bajo violencia. Con esto además de sumarse el número de excepciones, so riesgo de volver la prueba de referencia excepcional la regla, pues en la realidad colombiana lo que más sucede está previsto en los hechos que enmarcan tales excepciones.

Si al tema se suma que se ha traído por la jurisprudencia el concepto de «Corroboración periférica», que no es otro, si mal no lo he entendido que la aplicación de las reglas de la inferencias razonables o proceso formativo del indicio. Con esta tesis se abrió el camino para que aún con solo prueba de referencia frente al hecho central – lo que corresponde al comportamiento típico o acción en la estructura de la tipicidad – se puede soslayar la prohibición de condenar exclusivamente con prueba de referencia. Esto obviamente debe ser el resultado de un estudio claro y profundo de la teoría del indicio, pues en este tema para comenzar el proceso de su construcción el hecho indicador debe estar probado más allá de duda razonable, lo que no se consigue con la prueba de referencia sobre el hecho indicador que tiene por disposición legal un valor disminuido. Claro está que cada caso toca mirarlo en su contexto. Solo debe quedar claro que jurisprudencialmente no se pueden corroer, desmoronar, minimizar las normas de garantía, que son aquellas

que constituyen una barrera de protección de los ciudadanos contra el poder punitivo del Estado.

Frente a la línea dominante sobre prueba las reglas de la prueba referencia:

1. La prueba de referencia es excepcional.
2. El criterio central es la ausencia de confrontación efectiva.
3. La inmediación sigue siendo la regla general.
4. La admisión de prueba de referencia debe interpretarse restrictivamente.
5. No se puede proferir sentencia condenatoria exclusivamente con prueba de referencia.

Prueba de referencia y caso especiales de la casuística

Son situaciones especiales que quedan por discutir frente a la prueba de referencia, los siguientes:

1. Corroboración periférica.
2. Artículo 33 constitución nacional.
3. Declarante que alcanzó la mayoría de edad.
4. Indisponibilidad psicológica del testigo.
5. Declaraciones ante psicólogos y peritos.

Testimonio adjunto

1. Concepto

El testimonio adjunto es la figura que permite incorporar declaraciones previas cuando el testigo comparece al juicio oral pero cambia sustancialmente su versión, se retracta o incurre en contradicciones relevantes.

A diferencia de la impugnación de credibilidad, en el testimonio adjunto la declaración previa puede ser valorada materialmente o sustancialmente por el juez.

La categoría de testimonio adjunto ha sido desarrollada por la jurisprudencia para afrontar aquellos eventos en los que los testigos que comparecen al juicio se retractan o desdicen de la sustancialidad de lo que han dicho en entrevistas y/o declaraciones anteriores, permitiéndose la incorporación de manifestaciones previas con observancia de la confrontación y contradicción de la prueba.

En suma, se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al declarante, mientras que el testimonio adjunto supone la incorporación de una versión rendida antes del juicio cuando el testigo se ha retractado en el debate oral, con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como prueba al dictar el fallo (CSJ SP3408-2022, 28 sept. 2022, rad. 51855), citada por la sentencia SP1945-2025, rad. 63475).

Mediante la sentencia d. SP118-2023 — Rad. 53067, la Corte consolidó definitivamente la doctrina del testimonio adjunto, sistematizando los requisitos para su admisión:

1. comparecencia física del testigo;
2. demostración del cambio de versión;
3. sentar las bases en interrogatorio;
4. solicitud expresa de incorporación;
5. posibilidad de oposición de la contraparte;

6. incorporación formal de la declaración previa;

7. disponibilidad para conainterrogatorio.

Es importante hacer un recuento del proceso de consolidación de tales requisitos con el desarrollo de la jurisprudencia, fundadamente con el presupuesto de la «solicitud expresa de la parte interesada para que el juez decrete como prueba el testimonio complementario o adjunto». Este fue el desarrollo:

La Corte en su sala penal comenzó a consolidar su tesitura sobre el testimonio adjunto, en el 2017 con la decisión SP606-2017, radicado 44950, en la que se precisan las reglas, dentro de las cuales se establece que la solicitud de lectura de la declaración previa debe ser solicitada por la parte interesada. No se exige en ese momento que se haga la solicitud expresa al juez que «...tenga como prueba la declaración previa...». Es clara la Corte en precisar que lo que, en esa época, se exigía es que «...la declaración se incorpore mediante lectura, por solicitud de la respectiva parte...» (Ver sentencias SP2667-2019, radicado, 49509; SP105-2018, rad. 43.651; entre otras.). En esta etapa de la jurisprudencia, se reliva como determinante que «...la contraparte, tenga la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción en su componente de confrontación, para lo cual debe contar con la posibilidad de formular preguntas sobre las inconsistencias que resulten de lo narrado en el testimonio y lo consignado en la entrevista...» (SP2709-2018, rad. 50.637, más las citadas antes). Y en un caso concreto del que trata la sentencia SP-2667-2019, se dice al concluir por la Corte:

«...Así las cosas, se advierte por la Sala, que la entrevista del (...) cumplió los protocolos para su introducción como medio de prueba en tanto testimonio complementario, pues fue leído por el testigo (...) y el deponente estuvo disponible para el interrogatorio y el contrainterrogatorio en punto a los aspectos contradictorios suscitados entre la exposición previa y la atestación realizada en el debate oral, salvaguardando, entonces, el principio de confrontación...».

Vale señalar con fines académicos puramente, que el rigor de la técnica de testimonio adjunto o complementario aparece en la etapa que se ha llamado de sistematización constitucional, con las sentencias, entre otras: SP1875, rad. 52341; SP4382-2021, rad. 54832, consolidándose en la etapa de más rigor procesal con las sentencias SP170-2023, rad. 62852, que trae como regla que la parte solicite expresamente que se incorpore la declaración anterior y el testimonio en juicio.

Una vez decretada como prueba en el juicio, el juez debe decidir si atiende o acepta con fines sustantivos -es decir para valorar en la sentencia-, la declaración rendida en el juicio, en la que se produce la retractación o inconsistencia, o la que contiene la declaración adjunta o declaración rendida previamente al juicio. Para ese menester deberá teóricamente analizar coherencia, espontaneidad, corroboración, ausencia de móviles espurios, y compatibilidad con otros elementos objetivos, entre otros (SP1764-2021 — Rad. 56531).

Diferencias entre las figuras

1. Refrescamiento de memoria. Su finalidad es ayudar al testigo a recordar.

El documento no se incorpora como prueba. La prueba sigue siendo el testimonio oral.

2. Impugnación de credibilidad. Su finalidad es desacreditar la confiabilidad del testigo. La declaración previa no se utiliza para probar los hechos. Solo afecta credibilidad.
3. Prueba de referencia. Su finalidad es acreditar la verdad de una declaración extraprocesal. Existe ausencia de confrontación efectiva. Es excepcional.
4. Testimonio adjunto. Permite valorar conjuntamente la declaración previa; retractación; testimonio judicial. La figura es válida porque el testigo está disponible para contradicción.

Conclusiones

Analizadas las figuras desde las perspectivas legal y jurisprudencial, veo con algún temor como lentamente se va abriendo el espacio para volver a tener como uno de los pilares del debido proceso probatorio la permanencia de la prueba. Esto ha acontecido con el incremento de las excepciones contenidas en el artículo 438 procesal penal, pero con mayor énfasis con el concepto de prueba de referencia de derecho, pues se elimina completamente la valoración judicial del cumplimiento de los requisitos de la causal y se da por sentado que el testigo no necesita comparecer al juicio. Es hora de advertirlo y señalar a manera de sugerencia que en los casos de prueba de referencia de derecho se aplique estrictamente la tarifa legal negativa de la prueba de referencia, al fin y al cabo, es una disminución de los derechos del procesado, nada menor que el derecho a tener de frente al testigo de cargos.

DERECHO SOCIAL Y FACULTAD DE JUZGAR: UNA GENEALOGÍA FILOSÓFICA

*German Varela Collazos**

Resumen:

Este artículo examina tres preguntas centrales para la práctica jurídica contemporánea: ¿cómo se construyen los criterios que permiten atribuir y distribuir los riesgos inherentes a la vida colectiva? ¿Cómo transformó el derecho social las formas de identificar daños, atribuir responsabilidades y justificar la protección jurídica? ¿Qué distingue una decisión jurídica de una decisión moral, política o técnica? A partir de la genealogía propuesta por François Ewald, y en diálogo con la antropobiología filosófica y la teoría de las instituciones, se sostiene que el derecho social no introdujo simplemente nuevas normas o nuevas instituciones, sino que reconfiguró los criterios mediante los cuales se atribuyen responsabilidades, se distribuyen riesgos y se justifican formas de protección jurídica.

El artículo muestra cómo las instituciones jurídicas surgen como respuestas históricas a condiciones de vulnerabilidad, dependencia e incertidumbre propias de la vida humana, y cómo el tránsito desde la culpa hacia el riesgo, la solidaridad y el equilibrio -entendido como la búsqueda de una recomposición de las relaciones sociales afectadas por el daño, el riesgo o la desigualdad- hizo posible la aparición de instituciones como la responsabilidad por accidentes de trabajo, la seguridad social, la protección de los consumidores, el derecho ambiental y las políticas contemporáneas de igualdad. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia constituye un escenario privilegiado para observar dichas transformaciones.

Finalmente, se argumenta que la principal enseñanza de esta genealogía consiste en mostrar que ninguna norma, procedimiento o conocimiento por muy experto que sea puede sustituir la facultad de juicio jurídico, entendida como la capacidad de apreciar, justificar y decidir, en circunstancias concretas, qué riesgos deben ser asumidos colectivamente, qué situaciones merecen protección jurídica y qué distribución de las cargas sociales puede justificarse como justa.

Palabras clave: genealogía filosófica, derecho social, experiencia jurídica, facultad de juicio, instituciones, riesgo, solidaridad, equilibrio, antropobiología.

* Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Doctor en Filosofía y Magister en Filosofía de la Universidad del Valle. Profesor universitario, con estudios en Sociología de la Universidad del Valle.

Introducción

Un accidente de trabajo, una enfermedad laboral, un daño ambiental, la afectación de un consumidor, la reparación de las víctimas del conflicto armado o la protección frente a distintas formas de discriminación tienen algo en común: en todos estos casos el derecho protege a personas cuyos daños no pueden explicarse únicamente por la culpa de un individuo determinado. Esta forma de comprender la responsabilidad resulta hoy tan familiar que pocas veces nos preguntamos por las condiciones históricas que la hicieron posible. Sin embargo, instituciones tan diversas como la Ley 57 de 1915 sobre accidentes de trabajo, la seguridad social, el derecho laboral, la Constitución Política de 1991, el derecho ambiental, la protección de los consumidores y las políticas contemporáneas de igualdad expresan una transformación profunda en la manera como el derecho identifica los daños, organiza los riesgos y justifica la protección jurídica.

Estas transformaciones suelen explicarse mediante nuevas leyes, reformas constitucionales o decisiones judiciales. Aunque estos factores son importantes, resultan insuficientes para comprender lo que verdaderamente cambia. Como advirtió François Ewald¹, una de las principales dificultades del pensamiento jurídico contemporáneo consiste en la creciente confusión entre derecho, ley, norma social y moral. Con frecuencia se supone

que la evolución del derecho depende exclusivamente de cambios legislativos o de la afirmación de determinados valores. Sin embargo, detrás de esas transformaciones existe una modificación más profunda: cambian los criterios mediante los cuales una sociedad determina qué daños deben ser reparados, qué riesgos deben ser asumidos colectivamente y qué situaciones exigen protección jurídica.

A partir de la noción de experiencia jurídica elaborada por François Ewald, este artículo sostiene que el derecho social no introdujo simplemente nuevas instituciones o nuevos derechos. Su principal innovación consistió en transformar los criterios mediante los cuales se atribuyen responsabilidades, se distribuyen riesgos y se justifican formas de protección colectiva. El tránsito desde la culpa hacia el riesgo, la solidaridad y el equilibrio hizo posible la aparición de instituciones como la responsabilidad por accidentes de trabajo, la seguridad social, la protección de los consumidores, el derecho ambiental y las políticas contemporáneas de igualdad.

Esta transformación presupone, además, una determinada comprensión de la condición humana y de las instituciones que hacen posible la vida colectiva. La antropobiología filosófica² ha mostrado que el ser humano es un ser biológicamente abierto al mundo, caracterizado por una inespecialización orgánica y por la ausencia de programas instintivos suficientes para

¹ François Ewald, fue discípulo de Michel Foucault, participó en la edición de varias de sus obras póstumas y es autor de *L'État providence* (París: Grasset, 1986), obra que Gilles Deleuze calificó como de «gran originalidad». El presente artículo se basa principalmente en el capítulo IV, «*Droit social*» (pp. 433-523). Salvo indicación en contrario, las traducciones del francés al español y paráfrasis son mías.

² Sobre este punto véanse: Arnold Gehlen, *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, Salamanca, Sígueme, 1987; Louis Bolk, *La génesis del hombre, en El hombre en cuestión*, Santiago de Cali, Universidad del Valle, 2002, traducción de William González Velasco.

orientarse en él. A diferencia de otras especies, debe construir las condiciones de su propia existencia mediante la técnica, la cultura y las instituciones. Esta condición constituye simultáneamente una fuente de vulnerabilidad y de creatividad, pues hace posible la emergencia de la imaginación, del juicio y de la capacidad de instituir nuevas formas de vida colectiva³.

Arnold Gehlen sostuvo que las capacidades específicamente humanas -el lenguaje, la técnica, la cultura y las instituciones- surgen precisamente como respuesta a esa apertura constitutiva. El ser humano se ve obligado a construir formas relativamente estables de organización que le permitan reducir la incertidumbre de la existencia. Las instituciones cumplen así una función de descarga: proporcionan orientaciones, expectativas y marcos de acción que hacen posible la vida colectiva. El derecho constituye una de esas instituciones fundamentales.

Desde esta perspectiva, el derecho social puede entenderse como una forma específica de organización jurídica de los riesgos inherentes a la vida colectiva. Su historia puede leerse como la historia de una transformación de los criterios mediante los cuales una sociedad decide quién debe soportar determinados riesgos y bajo qué condiciones resulta legítimo redistribuirlos.

Esta cuestión adquiere especial relevancia en Colombia. La expansión de los derechos constitucionales, la judicialización de los conflictos sociales y el creciente protagonismo de los jueces han hecho

más visible un problema que atraviesa toda la experiencia jurídica contemporánea: ¿cómo decidir qué riesgos deben ser soportados individualmente, ¿cuáles deben ser distribuidos colectivamente y qué formas de protección pueden justificarse como exigencias de justicia?

¿Desde dónde se juzga el derecho?

Entonces, ¿desde dónde pueden juzgarse esos cambios? ¿Cómo determinar si una determinada forma de atribuir responsabilidades o distribuir riesgos resulta más adecuada que otra? Estas preguntas conducen a un problema previo que atraviesa buena parte del pensamiento jurídico contemporáneo: la relación entre derecho, ley, norma social y moral.

La confusión entre estas nociones no constituye un problema meramente teórico, como piensan algunos. Tiene consecuencias prácticas para la manera como comprendemos las transformaciones jurídicas y se justifican las decisiones judiciales. Cuando el derecho se identifica sin más con la ley o con las normas válidamente producidas, las transformaciones jurídicas tienden a interpretarse como simples cambios legislativos. Este es un primer signo de la confusión diagnosticada por François Ewald.

Ewald llama la atención sobre un hecho revelador: hoy es posible estudiar derecho sin preguntarse qué es el derecho. La filosofía del derecho parece haber perdido la centralidad que tuvo en la tradición jurídica clásica. Los tratados jurídicos contemporáneos suelen concentrarse

³ Sobre este punto véanse: Arnold Gehlen, *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, Salamanca, Sígueme, 1987; Louis Bolk, *La génesis del hombre*, en *El hombre en cuestión*, Santiago de Cali, Universidad del Valle, 2002, traducción de William González Velasco.

en las fuentes, las competencias y los procedimientos de producción normativa, mientras que la cuestión acerca del concepto y los límites del derecho ha perdido gran parte de la centralidad que tuvo en la tradición jurídica clásica. No se trata simplemente de un cambio pedagógico. Cuando la formación jurídica se centra en la identificación de normas válidas y en las técnicas de su aplicación, resulta más difícil advertir qué es lo que realmente cambia cuando cambian las instituciones jurídicas.

Sin embargo, los juristas del siglo XIX distinguían el derecho de la ley, de la moral y de las demás formas de regulación social. Precisamente porque el derecho no se reducía al derecho positivo, las leyes podían ser evaluadas, criticadas e incluso consideradas injustas. No toda obligación moral era una obligación jurídica, ni toda ley válida podía identificarse sin más con el derecho.

Esta observación conduce al núcleo del diagnóstico de Ewald. Si las transformaciones del derecho no pueden explicarse únicamente por la aparición de nuevas normas, resulta necesario identificar los criterios mediante los cuales una sociedad determina qué cuenta como responsabilidad, riesgo, daño, reparación o protección jurídica. La cuestión ya no consiste en encontrar una instancia exterior que juzgue al derecho, como pretende el derecho natural, sino en reconstruir los criterios de juicio que organizan una determinada experiencia jurídica.

Desde esta perspectiva, el derecho social no surgió únicamente de la voluntad del legislador ni de la evolución interna del ordenamiento jurídico. Fue la expresión de una transformación en la manera como

la sociedad comenzó a comprenderse a sí misma. Categorías como riesgo, solidaridad, normalidad y equilibrio adquirieron un lugar central porque permitían describir fenómenos que las categorías jurídicas heredadas del derecho civil clásico y de la tradición del derecho natural ya no lograban explicar adecuadamente.

Mientras el derecho liberal clásico organizaba la atribución de responsabilidades alrededor de la libertad individual, la propiedad y la culpa, el derecho social comenzó a desarrollarse en torno a problemas distintos: accidentes de trabajo, desempleo, enfermedades laborales, pobreza urbana, riesgos ambientales y protección de los consumidores. Lo que cambió no fueron solamente las soluciones jurídicas disponibles, sino los criterios utilizados para decidir qué debía considerarse justo y qué riesgos debían ser asumidos colectivamente. En una sociedad que progresivamente se organizaba alrededor de los seguros sociales, comprender estas transformaciones exige algo más que describir normas e instituciones: exige reconstruir los criterios de juicio que hicieron posible una nueva experiencia jurídica.

¿Todo es derecho?

Un segundo signo de la confusión acerca del derecho aparece cuando deja de ser claro qué permite reconocer algo como jurídico. François Ewald encuentra un ejemplo revelador en ciertas formas de derecho comparado. Con frecuencia se presentan como equivalentes categorías construidas a partir de criterios completamente distintos. Se compara, por ejemplo, el derecho romano-germánico y el common law -dos tradiciones identificables por sus fuentes, sus métodos

de razonamiento y su evolución histórica-con sistemas definidos principalmente por una determinada ideología política o por una forma específica de organización estatal. Lo llamativo no es la clasificación en sí misma, sino que rara vez se explicita el criterio que permite reunir fenómenos tan heterogéneos bajo una misma categoría.

La cuestión es importante porque obliga a formular una pregunta previa: ¿qué hace que algo sea derecho? Cuando esta pregunta desaparece, el concepto comienza a expandirse indefinidamente hasta confundirse con la política, la moral, la administración o cualquier otra forma de regulación social. Entonces deja de ser claro qué distingue una obligación jurídica de una obligación política, una decisión judicial de una decisión gubernamental o una norma jurídica de una simple manifestación de autoridad.

El problema no consiste en negar la diversidad de las experiencias jurídicas ni en afirmar que existe una única forma legítima de derecho. Consiste en determinar si el concepto conserva algún significado preciso cuando se utiliza para designar fenómenos contruidos a partir de criterios tan distintos. Porque si toda forma de organización social respaldada por el Estado puede llamarse derecho, desaparece precisamente aquello que debería explicarse: qué hace jurídica una determinada relación social, una determinada institución o una determinada forma de poder.

La consecuencia es semejante a la observada respecto de la ley. Cuando el derecho se identifica completamente con la autoridad que lo produce, la pregunta por

su especificidad desaparece. Ya no importa qué distingue al derecho de otras formas de regulación; basta con identificar quién tiene el poder de decidir. El problema del juicio queda entonces sustituido por el problema de la autoridad.

Por ello, antes de clasificar sistemas jurídicos o comparar instituciones, resulta necesario recuperar una pregunta más elemental: ¿qué permite reconocer algo como jurídico? Esta pregunta no busca descubrir una esencia inmutable del derecho. Busca reconstruir los criterios mediante los cuales una sociedad distingue históricamente las obligaciones jurídicas de otras formas de regulación. Solo a partir de esos criterios es posible comprender qué hace específicamente jurídica una determinada manera de atribuir responsabilidades, distribuir riesgos y organizar la protección frente a los daños derivados de la vida colectiva. Y solo así puede entenderse por qué el derecho social representó una transformación de los criterios de juicio y no simplemente la aparición de nuevas normas o nuevas instituciones.

La moralización del derecho

Un tercer signo de la confusión identificada por Ewald aparece en la tendencia a identificar el derecho con la moral. Buena parte de los debates contemporáneos oscilan entre dos posiciones igualmente problemáticas: o bien el derecho se presenta como una simple realización de valores morales, o bien se afirma una separación absoluta entre ambos. Los juristas del siglo XIX abordaban la cuestión de manera diferente. Su preocupación principal no consistía en oponer radicalmente derecho y moral, sino en distinguirlos para evitar su confusión.

Esta distinción resulta decisiva porque la posibilidad misma de diferenciar el derecho de la moral depende de una determinada comprensión de lo jurídico. Cuando esta comprensión se debilita, el derecho corre el riesgo de confundirse con cualquier forma de orientación de la conducta humana. En lugar de preguntarse cómo una sociedad atribuye responsabilidades y distribuye los riesgos de la vida colectiva, la atención se desplaza hacia la promoción de comportamientos considerados socialmente deseables.

Así, frente a un accidente de trabajo, un daño ambiental o una práctica discriminatoria, el problema jurídico no consiste simplemente en afirmar que debe hacerse justicia o que determinadas conductas son moralmente reprochables. La cuestión es determinar quién debe soportar las consecuencias del daño, bajo qué criterios deben distribuirse las cargas y qué formas de protección resultan jurídicamente justificadas.

A finales del siglo XIX, la expansión de la idea de solidaridad modificó profundamente las funciones atribuidas al derecho. Este dejó de concebirse exclusivamente como un sistema destinado a delimitar derechos y obligaciones para convertirse también en un instrumento de intervención sobre problemas colectivos. El problema no radica en esta transformación, que constituye una de las condiciones de aparición del derecho social. El problema surge cuando el derecho se reduce por completo a la realización de fines morales o políticos y pierde de vista los criterios jurídicos que hacen posible atribuir responsabilidades, distribuir riesgos y justificar determinadas formas de protección.

Las consecuencias de este desplazamiento son dobles. Por una parte, se extiende la tendencia a concebir el derecho como una técnica general de regulación social, colocándolo al mismo nivel que las normas morales, religiosas, administrativas o técnicas. Por otra, se fortalece la idea de que toda aspiración social legítima debe traducirse necesariamente en un derecho subjetivo. El resultado es una creciente dificultad para identificar aquello que distingue específicamente al derecho de otras formas de ordenar la vida colectiva.

Esta dificultad adquiere especial relevancia en las sociedades contemporáneas. Los jueces son llamados cada vez con mayor frecuencia a resolver conflictos para los cuales no basta la simple aplicación de una regla preexistente. Deben decidir qué intereses merecen protección, qué riesgos deben ser asumidos colectivamente y qué daños generan obligaciones de reparación. Estas decisiones poseen indudables implicaciones morales y políticas, pero no se reducen a ellas. Su especificidad depende de los criterios jurídicos mediante los cuales una comunidad organiza la atribución de responsabilidades y la distribución de los riesgos derivados de la vida en común.

La cuestión, por tanto, no consiste en elegir entre derecho y moral. Consiste en comprender cómo determinadas demandas sociales, daños o conflictos llegan a convertirse en problemas jurídicos y qué criterios permiten responder a ellos.

Solo así es posible comprender qué hace específicamente jurídica una determinada manera de ordenar la vida colectiva.

Derecho social

Las preguntas planteadas hasta ahora conducen a un mismo problema. Si el derecho no puede identificarse sin más con la ley, con la moral o con cualquier otra forma de regulación social, resulta necesario comprender qué transformaciones hicieron posible nuevas maneras de identificar los daños, distribuir los riesgos y justificar la protección jurídica. Esta cuestión conduce directamente al derecho social. No porque constituya una disciplina jurídica más entre otras, sino porque en él se hace visible una transformación de los criterios mediante los cuales las sociedades modernas comprenden la responsabilidad, la justicia y la protección frente a los riesgos de la vida colectiva.

Existe una última manifestación de la confusión contemporánea acerca del derecho: la tendencia a reducir el derecho social al derecho del trabajo y a la seguridad social. Una definición semejante resulta insuficiente. Si el derecho social se distinguiera únicamente por las materias que regula, no habría razón para explicar por qué estas adquirieron autonomía frente al derecho común ni por qué terminaron transformando instituciones que parecían consolidadas.

El derecho social no se distingue por sus objetos, sino por la transformación que introduce en la experiencia jurídica. Su novedad no consiste en haber incorporado el trabajo o la seguridad social al ámbito jurídico, sino en haber modificado las formas de comprender la responsabilidad, la justicia y la protección frente a los riesgos colectivos. Del derecho civil al derecho social no cambia simplemente la ley; cambian los criterios mediante los

cuales se decide quién debe soportar un daño, cuándo un riesgo debe distribuirse colectivamente y qué respuesta jurídica resulta adecuada frente a un conflicto.

Esta transformación puede observarse en ámbitos muy diversos. La Ley 57 de 1915 sobre accidentes de trabajo modificó los criterios tradicionales de responsabilidad; el Estatuto del Consumidor desplazó el centro de gravedad del contrato hacia la protección de la parte más vulnerable; las decisiones sobre el río Atrato y la Amazonía ampliaron la protección jurídica más allá de los intereses estrictamente individuales; y la evolución jurisprudencial en materia de igualdad y no discriminación transformó la manera de valorar jurídicamente determinadas diferencias de trato. Lo que une fenómenos tan diversos no es la materia regulada, sino una misma forma de comprender el daño, género e igualdad, el riesgo y la protección jurídica.

Un ejemplo particularmente ilustrativo puede encontrarse en la evolución jurisprudencial del artículo 42 de la Constitución y en las transformaciones introducidas por los discursos contemporáneos sobre género e igualdad. Lo significativo no es que el texto constitucional haya sido modificado, pues su redacción permanece sustancialmente inalterada, sino que cambiaron los criterios utilizados para determinar cuándo una diferencia de trato constituye una distinción jurídicamente admisible y cuándo se convierte en una forma de discriminación incompatible con el orden constitucional. Durante mucho tiempo, ciertas exclusiones fundadas en el sexo, la orientación sexual o las formas de organización familiar fueron consideradas diferencias naturales o socialmente aceptables. La transformación

jurídica se produjo cuando esas diferencias comenzaron a ser percibidas como relaciones de subordinación y vulnerabilidad que exigían nuevas formas de protección. El cambio decisivo no ocurrió en el texto constitucional ni en la ley, sino en la transformación de los criterios de juicio que se fue produciendo en la sociedad colombiana y en los movimientos sociales, transformación de la que la jurisprudencia fue al mismo tiempo expresión, escenario y agente de consolidación. Fue a partir de esos nuevos criterios de juicio que los jueces comenzaron a identificar daños, reconocer desigualdades y justificar la ampliación de la protección jurídica.

El derecho social ha alcanzado una extensión tal que ya no puede ser considerado una simple respuesta a las insuficiencias del derecho civil clásico. Ha dejado de ser una excepción para convertirse en una de las formas dominantes de la experiencia jurídica contemporánea. La cuestión ya no consiste en justificar su existencia, sino en comprender la racionalidad que orienta sus criterios de juicio y los problemas que plantea para la práctica jurídica actual.

Características estructurales del derecho social

Sin embargo, para comprender las transformaciones introducidas por el derecho social no basta con examinar las nuevas instituciones que produjo. Es necesario identificar los criterios que modificaron la manera de reconocer a los sujetos jurídicamente relevantes, atribuir responsabilidades y valorar los riesgos derivados de la vida colectiva.

Una de las transformaciones del derecho social consistió en el abandono progresivo

de la figura del individuo abstracto propia del derecho civil clásico. El trabajador, el consumidor, la víctima, la persona en situación de discapacidad, el usuario del sistema de salud o el sujeto de especial protección constitucional ya no aparecen únicamente como titulares formales de derechos. Su posición dentro de determinadas relaciones sociales adquiere relevancia jurídica.

El cambio es decisivo porque modifica la comprensión tradicional de la igualdad. Mientras el derecho civil clásico juzga las relaciones jurídicas a partir de la igualdad formal y de la autonomía de la voluntad, el derecho social parte del reconocimiento de que las personas ocupan posiciones desiguales dentro de la vida colectiva. Las diferencias de poder, sexo, dependencia, vulnerabilidad o exclusión dejan de ser circunstancias jurídicamente irrelevantes para convertirse en elementos centrales de la decisión jurídica.

Por esta razón, el derecho social introduce tratamientos diferenciados que el derecho clásico habría considerado excepcionales. La protección reforzada del trabajador frente al empleador, del consumidor frente al productor o de las personas en situación de vulnerabilidad responden a una misma lógica: reconocer que la igualdad jurídica exige, en determinadas circunstancias, tomar en consideración desigualdades efectivamente existentes.

Esta transformación tiene una consecuencia adicional. Si el derecho pretende identificar situaciones de dependencia, vulnerabilidad o exclusión para otorgarles relevancia jurídica, necesita apoyarse en conocimientos capaces de describir esas realidades sociales. La sociología, la

estadística, la economía, la medicina laboral, la salud pública y otros saberes dejan de ser referencias externas para convertirse en condiciones de inteligibilidad de la propia experiencia jurídica. El derecho social posee así una estructura necesariamente transdisciplinaria, pues depende de conocimientos que le permiten identificar las situaciones de riesgo, vulnerabilidad y desigualdad sobre las cuales interviene.

Sin embargo, estas transformaciones no agotan la originalidad del derecho social. Su desarrollo histórico ha estado acompañado por la aparición de nuevas categorías destinadas a comprender y organizar la vida colectiva. Entre ellas destacan las nociones de riesgo, solidaridad, normalidad y equilibrio. A través de estas categorías se modificaron los criterios mediante los cuales se atribuyen responsabilidades, se distribuyen cargas y se justifican formas de protección jurídica. Son ellas las que permiten comprender la racionalidad específica del derecho social y explicar por qué ha terminado por convertirse en una de las formas dominantes de la experiencia jurídica contemporánea.

El equilibrio como regla de juicio del derecho social

Las transformaciones introducidas por el derecho social no modifican únicamente la manera de identificar a los sujetos jurídicamente relevantes. También alteran los criterios mediante los cuales se juzgan los conflictos. Si el derecho social toma en consideración relaciones marcadas por desigualdades, dependencias y riesgos compartidos, el juicio jurídico ya no puede limitarse a verificar la conformidad de una conducta con un modelo abstracto previamente definido. Debe examinar las relaciones que vinculan a las partes y

las consecuencias que una determinada decisión produce sobre ellas.

En este contexto, la noción de equilibrio aparece como una de las principales reglas de juicio del derecho social. Simbolizada tradicionalmente por la imagen de la balanza como emblema de la justicia, la idea de equilibrio no remite a la eliminación de las diferencias ni de los conflictos, sino a la búsqueda de relaciones de compensación y contrapeso entre intereses concurrentes. Por ello, desplaza la atención desde las cualidades individuales de los sujetos hacia las relaciones que mantienen entre sí. En materia contractual, por ejemplo, la cuestión ya no consiste únicamente en verificar la validez formal del consentimiento, sino también en examinar la proporcionalidad de las prestaciones y el equilibrio de la relación contractual. Del mismo modo, en materia de responsabilidad, la pregunta deja de centrarse exclusivamente en quién tuvo la culpa para interrogarse acerca de quién debe soportar las consecuencias de determinados riesgos y por qué razones.

Desde esta perspectiva, la justicia ya no se busca únicamente en la evaluación aislada de las conductas individuales. Se busca también en la organización de relaciones que puedan considerarse jurídicamente aceptables. El equilibrio no exige eliminar los conflictos ni suprimir las diferencias entre las partes. Su función consiste en determinar cómo deben distribuirse las cargas, los riesgos y los beneficios derivados de la vida colectiva para que las relaciones sociales puedan mantenerse dentro de márgenes considerados legítimos.

Esta transformación explica la creciente importancia de conocimientos capaces de describir la realidad social sobre la cual el derecho pretende intervenir. Si el problema

consiste en distribuir riesgos, corregir desigualdades o proteger situaciones de vulnerabilidad, resulta necesario conocer las condiciones efectivas en las que viven las personas y los grupos sociales. De allí la estrecha relación del derecho social con la sociología, la estadística, la economía, la salud pública y otras formas de conocimiento orientadas a comprender la sociedad. Sin embargo, ninguna de estas formas de conocimiento puede eliminar el problema del juicio jurídico. Los datos estadísticos, los informes técnicos, los diagnósticos sociales o los precedentes pueden orientar la decisión, pero no sustituyen la necesidad de determinar qué distribución de riesgos, cargas y beneficios puede considerarse jurídicamente justificada en una situación concreta.

La dificultad resulta especialmente visible cuando deben ponderarse bienes que carecen de una medida común: la protección del ambiente y el desarrollo económico, la libertad individual y la solidaridad social, la seguridad y la autonomía o la protección de grupos vulnerables y otros principios constitucionalmente relevantes. Precisamente por ello, la facultad de juzgar ocupa un lugar central en el derecho social. Por ella debe entenderse la capacidad de determinar, frente a situaciones concretas, qué criterios jurídicos resultan relevantes y cómo deben articularse para construir una respuesta jurídicamente justificada. No se trata de una operación mecánica de aplicación de normas ni de una valoración puramente subjetiva, sino de una práctica de justificación pública mediante la cual jueces y tribunales deben explicar por qué una determinada distribución de riesgos, cargas y beneficios puede considerarse legítima.

Cuanto más interviene el derecho sobre relaciones sociales complejas, más importante resulta esta capacidad de juzgar. La cuestión ya no consiste únicamente en aplicar reglas, sino en determinar cómo deben ser interpretadas y articuladas frente a situaciones que ninguna disposición general puede resolver anticipadamente por completo. El derecho social no elimina el problema del juicio jurídico; por el contrario, lo hace más visible y más exigente, pues obliga a justificar públicamente qué riesgos deben ser asumidos, qué desigualdades requieren corrección y qué formas de protección pueden considerarse jurídicamente legítimas.

A manera de conclusión

La pregunta que ha orientado este artículo puede formularse finalmente de manera sencilla: ¿cómo no perder el juicio jurídico? La genealogía del derecho social muestra que el juicio no debería desaparecer con la expansión de las normas, de las instituciones o de los conocimientos especializados. Por el contrario, cuanto más complejas se vuelven las relaciones sociales y más amplio es el campo de intervención del derecho, más necesaria resulta la capacidad de identificar nuevos riesgos, reconocer formas inéditas de vulnerabilidad y justificar nuevas modalidades de protección jurídica. Ello explica el carácter necesariamente transdisciplinario del derecho social y la importancia de una facultad de juicio capaz de transformar experiencias sociales y demandas colectivas en problemas jurídicamente relevantes.

Al final, las tres preguntas que han orientado este artículo convergen en un mismo problema: cómo una comunidad construye los criterios mediante los cuales

atribuye responsabilidades, distribuye los riesgos de la vida colectiva y distingue las decisiones propiamente jurídicas de las decisiones morales, políticas o técnicas. Como los seres humanos carecen de respuestas instintivas suficientes para enfrentar la incertidumbre de su existencia, necesitan crear instituciones y renovar continuamente los criterios que orientan sus juicios. Comprender el derecho social exige entonces comprender las condiciones históricas e institucionales

que hacen posible esa tarea, pues es allí donde se decide permanentemente qué daños merecen reparación, qué riesgos deben ser asumidos colectivamente y qué formas de protección pueden considerarse jurídicamente justificadas. Es en las decisiones judiciales donde esta tarea de construcción y justificación de los criterios de juicio se hace más visible y donde la pregunta que ha acompañado este trabajo vuelve a plantearse en cada caso concreto: ¿cómo no perder el juicio jurídico?

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO: UNA GARANTÍA DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO

*Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear**

Resumen:

El descubrimiento probatorio constituye uno de los pilares estructurales del sistema penal acusatorio colombiano, en cuanto materializa las garantías constitucionales del debido proceso, el derecho de defensa, la contradicción y la igualdad de oportunidades entre las partes. Este instituto impone a la Fiscalía y a la defensa el deber recíproco de revelar los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida que pretendan hacer valer durante el juicio oral, permitiendo así que la contraparte conozca oportunamente los fundamentos de la teoría del caso y ejerza adecuadamente su derecho de contradicción. Aunque el descubrimiento probatorio se desarrolla principalmente durante las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia han reconocido supuestos excepcionales en los cuales también resulta procedente. Su incumplimiento injustificado acarrea, como regla general, el rechazo del medio de conocimiento correspondiente, en garantía de la lealtad procesal, la transparencia del debate judicial y la efectividad del debido proceso probatorio.

Palabras clave: descubrimiento probatorio, debido proceso, proceso penal acusatorio, derecho de defensa, contradicción probatoria, igualdad de armas.

Introducción

La constitucionalización del proceso constituye una de las transformaciones más significativas del ordenamiento jurídico colombiano. En virtud del artículo 29 de la Constitución Política, toda actuación judicial y administrativa debe desarrollarse con plena observancia del debido proceso, garantía que permea la totalidad de las actuaciones procesales y condiciona la

validez de las decisiones adoptadas por las autoridades públicas.

Esta garantía resulta aplicable a todas las especialidades. En cada una de ellas, la determinación de los hechos jurídicamente relevantes constituye el presupuesto indispensable para la aplicación del derecho sustancial. Así, en el ámbito laboral será necesario acreditar, por ejemplo, la existencia de una relación de trabajo y el

* Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

cumplimiento de las cotizaciones al sistema de seguridad social cuando se debate el reconocimiento de una pensión; en materia civil deberán demostrarse los hechos constitutivos de la posesión en los procesos declarativos de pertenencia; mientras que, en el proceso penal, será indispensable probar los hechos jurídicamente relevantes que estructuran el supuesto fáctico del tipo penal correspondiente, ya se trate de lesiones personales, homicidio, peculado o cualquier otra conducta punible.

La demostración de tales hechos exige el cumplimiento de un debido proceso probatorio, entendido como el conjunto de garantías que disciplinan la obtención, incorporación, descubrimiento, contradicción, práctica y valoración de los medios de conocimiento dentro del proceso penal.

Desde esta perspectiva, el debido proceso probatorio comprende una sucesión ordenada de actuaciones procesales que aseguran la legalidad de la actividad probatoria y la protección efectiva de los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso. Entre dichas actuaciones se encuentran la averiguación, el aseguramiento, el descubrimiento probatorio, la enunciación, las estipulaciones probatorias, la solicitud y controversia de las pruebas, su decreto, práctica y posterior valoración judicial.

Dentro de esta secuencia, el descubrimiento probatorio ocupa un lugar central. Su finalidad consiste en garantizar que las partes conozcan oportunamente los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente

obtenida que servirán de fundamento a la teoría del caso de la contraparte, evitando decisiones sorpresivas y asegurando el ejercicio real y efectivo del derecho de defensa.

El presente texto examina el concepto de descubrimiento probatorio, sus fundamentos constitucionales y legales, los principios que lo sustentan, los distintos momentos procesales en los cuales debe realizarse, los eventos excepcionales admitidos por la jurisprudencia y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, con el propósito de evidenciar que esta institución constituye una garantía indispensable para la vigencia del debido proceso en el sistema penal acusatorio colombiano.

Del descubrimiento probatorio

El descubrimiento probatorio constituye uno de los pilares estructurales del sistema penal acusatorio colombiano. Su finalidad consiste en garantizar que las partes conozcan, con la debida antelación al juicio oral, los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida que servirán de fundamento a la teoría del caso de la contraparte. De esta manera, se asegura el ejercicio efectivo del derecho de defensa, la contradicción probatoria, la igualdad de armas y la lealtad procesal.

La Corte Suprema de Justicia ha definido esta institución en los siguientes términos:

«Es de la esencia del sistema acusatorio colombiano, el descubrimiento probatorio, que consiste en que la Fiscalía y la defensa suministren, exhiban o pongan a disposición de la contraparte todas

las evidencias y elementos probatorios de que dispongan; y anuncien todas las pruebas cuya práctica solicitarán para ser llevadas a cabo en el juicio oral, para respaldar su teoría del caso.»¹

Esta definición pone de relieve que el descubrimiento probatorio no constituye una simple formalidad procesal. Por el contrario, representa una garantía que hace posible la contradicción real de la prueba y evita que las partes sean sorprendidas con elementos de conocimiento desconocidos durante el juicio oral.

La doctrina también ha destacado la importancia de esta institución dentro de los sistemas procesales de tendencia acusatoria. Al respecto, Oscar Julián Guerrero Peralta² explica que el *discovery*, de origen anglosajón, fue concebido como un mecanismo destinado a facilitar el conocimiento recíproco de las fuentes de prueba antes del juicio, con el propósito de evitar desequilibrios entre las partes y asegurar un contradictorio efectivo, especialmente frente a la posición institucionalmente más fuerte que ocupa la Fiscalía durante la investigación.

En consecuencia, el descubrimiento probatorio no solo cumple una función organizativa del debate probatorio, sino que constituye una verdadera garantía constitucional orientada a preservar la transparencia del proceso, la igualdad de oportunidades procesales y la efectividad del derecho de defensa.

Soporte constitucional y legal

El deber de realizar el descubrimiento probatorio encuentra su fundamento

tanto en la Constitución Política como en la Ley 906 de 2004. No se trata de una simple carga procesal impuesta a las partes, sino de una garantía de rango constitucional orientada a hacer efectivos el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

En primer lugar, el artículo 29 de la Constitución Política reconoce el derecho fundamental al debido proceso y consagra, entre sus manifestaciones esenciales, la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en contra. El ejercicio efectivo de este derecho presupone que las partes conozcan oportunamente los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida que serán utilizados durante el juicio. Solo así la contradicción deja de ser una garantía meramente formal para convertirse en un derecho real y efectivo.

De igual manera, el inciso final del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, impone a la Fiscalía General de la Nación el deber de suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos aquellos que resulten favorables al procesado. Esta disposición constitucional incorpora el principio de objetividad que debe orientar la actuación del ente acusador y constituye uno de los principales fundamentos del descubrimiento probatorio.

En desarrollo de tales mandatos superiores, la Ley 906 de 2004 regula de manera

¹ Sentencia, Rad. 25920 del 21 de febrero de 2007 M.P. Javier Zapata Ortíz

² GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica. 2ª Edición. Bogotá, 2007. Pág. 292.

expresa esta institución. Así, el artículo 8, al desarrollar el derecho de defensa, reconoce la facultad de solicitar, conocer y controvertir las pruebas; el artículo 15 consagra el principio de contradicción; y el artículo 142 establece, entre los deberes de la Fiscalía, el de suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida de que tenga conocimiento, incluidos aquellos favorables al procesado.

En el mismo sentido, el numeral 3 del artículo 125 de la mencionada ley reconoce a la defensa el derecho a conocer oportunamente todos los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida que obren en poder de la Fiscalía General de la Nación, incluidos aquellos que favorezcan al acusado.

La regulación legal se complementa con lo dispuesto en los artículos 336, 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, normas que disciplinan las oportunidades procesales para el descubrimiento probatorio, tanto mediante el escrito de acusación como durante la audiencia de formulación de acusación. En ellas se concreta el deber de publicidad de los elementos de conocimiento que servirán de fundamento a la teoría del caso y se establecen los mecanismos destinados a garantizar que dicho descubrimiento sea completo, oportuno y compatible con el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

Las demás disposiciones del Código de Procedimiento Penal relacionadas con esta materia serán examinadas al abordar

los distintos momentos procesales — ordinarios y excepcionales— en los que procede el descubrimiento probatorio.

Principios con los que se relaciona el descubrimiento probatorio en el marco jurisprudencial

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³ ha destacado que el descubrimiento probatorio no constituye una institución aislada dentro del proceso penal acusatorio. Por el contrario, se encuentra estrechamente vinculado con diversos principios constitucionales y legales que orientan la actividad probatoria y garantizan la legitimidad del juicio oral. Su observancia asegura que el debate probatorio se desarrolle en condiciones de igualdad, transparencia y respeto por los derechos fundamentales de los intervinientes.

i) *Debido proceso*, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, constituye el fundamento primario del descubrimiento probatorio. Esta garantía exige que toda actuación judicial se adelante con observancia de las formas propias del juicio y con pleno respeto por los derechos de quienes intervienen en el proceso.

En materia probatoria, el debido proceso comprende, entre otros aspectos, la posibilidad de presentar pruebas, conocer las allegadas por la contraparte y ejercer sobre ellas una contradicción efectiva. Asimismo, impone la exclusión de aquellas obtenidas con vulneración de las garantías constitucionales o legales. En este contexto, el descubrimiento probatorio se erige como uno de los instrumentos que hacen posible la efectividad de tales derechos.

³ Rad. 25920 de febrero 21 de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz

ii) Igualdad, previsto en el artículo 4 de la Ley 906 de 2004, exige que las partes dispongan de oportunidades equivalentes para ejercer sus facultades procesales y probatorias.

El descubrimiento probatorio materializa este principio al impedir que alguna de las partes obtenga ventajas indebidas mediante la ocultación de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida. Su observancia garantiza que la teoría del caso pueda prepararse y controvertirse en condiciones de equilibrio procesal.

iii) *Imparcialidad*, la imparcialidad judicial, reconocida en el artículo 5 de la Ley 906 de 2004, impone al juez el deber de velar porque el proceso se desarrolle sin ventajas indebidas para ninguna de las partes.

Desde esta perspectiva, corresponde al juez de conocimiento verificar que el descubrimiento probatorio sea completo, oportuno y conforme a la ley, evitando situaciones de sorpresa que puedan afectar el derecho de defensa o comprometer la transparencia del debate probatorio.

iv) *Legalidad*, consagrado en el artículo 6 de la Ley 906 de 2004, exige que la actividad probatoria se desarrolle dentro de las oportunidades y formas previstas por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el incumplimiento injustificado del deber de descubrimiento puede dar lugar al rechazo de los elementos probatorios cuya revelación fue omitida, sanción que constituye una garantía del debido proceso y de la observancia de las reglas propias del juicio oral. Tal consecuencia puede proyectarse no solo sobre la audiencia preparatoria,

sino también sobre etapas posteriores del proceso, cuando la irregularidad comprometa la validez de la actuación.

v) *Defensa*, el descubrimiento probatorio encuentra una de sus manifestaciones más relevantes en el derecho de defensa, desarrollado por el artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

El conocimiento previo de los elementos de prueba permite al imputado o acusado preparar adecuadamente su estrategia defensiva, solicitar pruebas de refutación, ejercer el contrainterrogatorio y controvertir eficazmente la teoría del caso de la contraparte. Sin un descubrimiento oportuno y completo, el ejercicio del derecho de defensa se convertiría en una garantía meramente formal.

vi) *Lealtad*, prevista en el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, impone a todos los intervinientes el deber de actuar con buena fe, transparencia y corrección durante el desarrollo del proceso.

En el ámbito del descubrimiento probatorio, este principio proscribe toda conducta encaminada a ocultar deliberadamente elementos de conocimiento o a sorprender a la contraparte mediante la incorporación intempestiva de pruebas que no fueron oportunamente reveladas.

vii) *Contradicción*, consagrado en el artículo 15 de la Ley 906 de 2004, constituye una de las razones de ser del descubrimiento probatorio.

La posibilidad de conocer anticipadamente los elementos materiales probatorios y la evidencia física permite que cada parte ejerza una controversia real y efectiva sobre la prueba que será practicada en el juicio oral. De esta manera, el

descubrimiento probatorio deja de ser una exigencia meramente procedimental para convertirse en una garantía indispensable de la contradicción probatoria.

viii) *Inmediación*, a juicio del suscrito, el descubrimiento probatorio también guarda una estrecha relación con el principio de inmediación, previsto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, solo la prueba producida o incorporada en audiencia pública, oral, concentrada y sometida a contradicción ante el juez de conocimiento puede ser objeto de valoración judicial, salvo las excepciones previstas por el ordenamiento. El descubrimiento previo de los medios de conocimiento constituye el presupuesto que permite que dicha inmediación se ejerza de manera plena y compatible con el derecho de defensa.

En consecuencia, el descubrimiento probatorio no solo desarrolla una obligación legal impuesta a las partes, sino que constituye un mecanismo de realización de los principios estructurales del sistema penal acusatorio. Su observancia garantiza que el juicio oral se desarrolle dentro de un marco de transparencia, igualdad procesal y respeto efectivo por las garantías constitucionales.

Momentos del descubrimiento probatorio

El descubrimiento probatorio no constituye un acto procesal único ni se agota en una sola oportunidad dentro del proceso penal acusatorio. Por el contrario, el ordenamiento jurídico prevé diversos momentos en los que las partes deben revelar los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida que servirán de fundamento a sus respectivas

teorías del caso. Tales oportunidades responden a la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa, la contradicción probatoria, la igualdad de armas y la lealtad procesal.

Aunque la Ley 906 de 2004 establece las oportunidades ordinarias para el descubrimiento probatorio, la jurisprudencia ha reconocido igualmente supuestos excepcionales en los que esta garantía adquiere plena eficacia.

A continuación, se examinan cada uno de estos momentos.

1. Durante la etapa de indagación

La indagación constituye la fase inicial del procedimiento penal y tiene por finalidad verificar si los hechos puestos en conocimiento de las autoridades revisten las características de una conducta punible y justifican el inicio de la investigación penal.

En esta etapa, las autoridades competentes desarrollan las actividades previstas en los artículos 202 a 206 de la Ley 906 de 2004 con el propósito de establecer la ocurrencia de los hechos y la posible existencia de un autor o partícipe. Si bien el descubrimiento probatorio, en sentido estricto, aún no constituye una carga procesal plenamente exigible, la jurisprudencia ha reconocido que el derecho de defensa puede hacer necesaria la revelación de determinados elementos de conocimiento cuando exista una persona individualizada respecto de la cual la actuación pueda producir efectos jurídicos relevantes.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la providencia de la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación

Penal⁴, en la que se resaltó la importancia de garantizar el ejercicio oportuno del derecho de defensa desde los primeros momentos de la actuación penal, en armonía con la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

La evolución jurisprudencial demuestra, entonces, que la protección del derecho de defensa no comienza únicamente con la formulación de la imputación, sino que puede proyectarse sobre etapas anteriores cuando las circunstancias del caso así lo exijan, particularmente si el conocimiento de determinadas actuaciones resulta indispensable para garantizar una contradicción efectiva y evitar afectaciones al debido proceso.

Igualmente, cuando durante esta etapa surjan cuestionamientos relacionados con la licitud de los elementos materiales probatorios o de la evidencia física obtenida, la jurisprudencia⁵ ha reconocido la necesidad de propiciar escenarios dialécticos que permitan al juez adoptar la decisión que corresponda conforme al ordenamiento jurídico. En tales supuestos, el conocimiento oportuno de los medios de prueba constituye un presupuesto indispensable para el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

2. Al momento de la formulación de la imputación

El artículo 288 de la Ley 906 de 2004 dispone que, al formular la imputación, la Fiscalía no tiene el deber legal de realizar el descubrimiento probatorio. No obstante,

esta circunstancia no impide reconocer que, en determinados supuestos, la revelación de algunos elementos materiales probatorios puede resultar necesaria para salvaguardar garantías constitucionales de especial relevancia.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando el imputado manifiesta su intención de aceptar cargos. En tales eventos, la existencia de un mínimo soporte probatorio constituye un presupuesto indispensable para que el juez ejerza adecuadamente el control de legalidad sobre dicha aceptación, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁶.

Desde esta perspectiva, aun cuando el legislador no haya previsto un deber general de descubrimiento en esta audiencia, los principios de lealtad procesal, imparcialidad judicial y protección del derecho de defensa justifican que determinados elementos de conocimiento sean puestos en conocimiento de la defensa cuando ello resulte necesario para garantizar la validez constitucional del procedimiento.

La jurisprudencia citada, igualmente el radicado 27108 de 3 de mayo de 2007. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez, sustenta precisamente esta interpretación y evidencian que el control judicial de la aceptación de cargos exige la existencia de un mínimo soporte probatorio que permita inferir razonablemente la autoría o participación del imputado y la adecuación típica de la conducta investigada.

⁴ del 10 de octubre de 2002 (Rad. 15938, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego

⁵ Rad. 56358 del 29 de abril de 2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa

⁶ Rad. 25108 de 30 de noviembre de 2006, M.P. Mauro Solarte Portilla

3. Al solicitar la imposición de la medida de aseguramiento

Otro de los momentos en los que adquiere especial relevancia el descubrimiento probatorio corresponde a la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento. En esta etapa, la Fiscalía tiene el deber de poner en conocimiento del juez de control de garantías los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida que sustentan la procedencia de la medida restrictiva de la libertad.

En efecto, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 dispone que el fiscal, al solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, debe indicar la persona investigada, el delito atribuido y los elementos de conocimiento necesarios para fundamentar su petición. Tales elementos serán objeto de valoración por el juez en audiencia, con plena posibilidad de contradicción por parte de la defensa.

Aunque esta actuación no corresponde, en sentido estricto, al descubrimiento probatorio previsto para la etapa de juzgamiento, sí constituye una manifestación concreta del derecho de defensa y del principio de contradicción, en cuanto permite a la defensa conocer los fundamentos fácticos y probatorios de la solicitud formulada por la Fiscalía y ejercer oportunamente su derecho de oposición.

La decisión de imponer una medida de aseguramiento solo resulta compatible con el debido proceso cuando el debate judicial se desarrolla sobre la base de elementos de conocimiento previamente expuestos y susceptibles de contradicción.

De esta manera, el descubrimiento de tales elementos constituye una garantía indispensable para la legitimidad de la actuación.

4. Con la presentación del escrito de acusación

El principal escenario para el descubrimiento probatorio se presenta con la radicación del escrito de acusación y sus anexos, conforme a lo previsto en el numeral 5 del artículo 337 de la Ley 906 de 2004.

En esta oportunidad, la Fiscalía debe revelar los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida que respaldarán la acusación y que pretende hacer valer en el juicio oral. El cumplimiento de este deber garantiza que la defensa conozca oportunamente los fundamentos probatorios de la teoría del caso del ente acusador y pueda preparar adecuadamente su estrategia procesal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷, ha precisado que este deber puede cumplirse de diversas maneras. En primer lugar, mediante el descubrimiento propiamente dicho, consistente en informar de manera completa, objetiva y leal sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos los elementos materiales probatorios y la evidencia física de que dispone la Fiscalía. En segundo lugar, mediante la entrega material de aquellos documentos, informes, peritajes u otros elementos cuya reproducción resulte razonable y posible. Finalmente, facilitando el acceso efectivo a los elementos de conocimiento cuando, por su naturaleza o ubicación, no sea viable su entrega física.

⁷ Rad. 27536 de 6 de septiembre de 2007, M.P. Alfredo Gómez Quintero, reiterando las tesis del Rad. 25920 del 21 de febrero de 2007

Estas modalidades de cumplimiento persiguen una finalidad común: garantizar que la defensa pueda conocer integralmente los elementos de conocimiento que servirán de fundamento a la acusación, estudiarlos, analizarlos y ejercer respecto de ellos una contradicción real y efectiva durante el juicio oral.

En este sentido, el descubrimiento probatorio trasciende la simple revelación formal de la existencia de una prueba. Su finalidad consiste en permitir que la contraparte tenga un acceso efectivo a la información necesaria para preparar adecuadamente su defensa, evitando cualquier situación de sorpresa incompatible con los principios de lealtad procesal, igualdad de armas y debido proceso.

5. Durante la audiencia de formulación de acusación

La audiencia de formulación de acusación constituye el escenario procesal por excelencia para verificar el cumplimiento del deber de descubrimiento probatorio.

De conformidad con los artículos 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la defensa y el Ministerio Público pueden formular observaciones al escrito de acusación cuando este no reúna los requisitos legales, así como solicitar al juez de conocimiento que ordene el descubrimiento de elementos materiales probatorios o evidencia física específicos cuyo conocimiento resulte necesario para el ejercicio del derecho de defensa.

La norma faculta igualmente a la Fiscalía para solicitar que la defensa descubra los elementos materiales probatorios,

declaraciones juradas y demás medios de conocimiento que pretenda hacer valer durante el juicio oral. Del mismo modo, cuando la estrategia defensiva se fundamente en una causal de inimputabilidad, deberá suministrar los respectivos dictámenes periciales en los términos previstos por la ley.

En esta etapa corresponde al juez ejercer una función especialmente relevante: velar porque el descubrimiento probatorio sea lo más completo posible y porque ninguna de las partes resulte sorprendida con elementos de conocimiento que comprometan la igualdad de armas o el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

Así entendida, la audiencia de formulación de acusación no constituye un simple acto de impulso procesal. Representa el espacio institucional destinado a garantizar que el debate probatorio posterior se desarrolle dentro de condiciones de transparencia, equilibrio y respeto por las garantías constitucionales que informan el sistema penal acusatorio.

Momentos excepcionales del descubrimiento probatorio

Además de las oportunidades ordinarias previstas por la Ley 906 de 2004, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia han reconocido supuestos excepcionales en los que resulta procedente el descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida. Tales eventos responden a la necesidad de preservar el derecho de defensa y la integridad del juicio oral frente a circunstancias sobrevinientes que no pudieron ser previstas dentro de las oportunidades procesales ordinarias.

1. Omisión no imputable a la parte obligada al descubrimiento

La primera excepción deriva de lo dispuesto en la parte final del artículo 346 de la Ley 906 de 2004.

Como regla general, el incumplimiento del deber de descubrimiento conduce al rechazo del respectivo medio de conocimiento. Sin embargo, el propio legislador previó una excepción cuando la parte demuestre que la omisión obedeció a circunstancias que no le son imputables.

Esta previsión responde a un criterio de razonabilidad. La sanción procesal solo resulta legítima cuando el incumplimiento deriva de una conducta atribuible a la parte obligada; por el contrario, si la omisión obedece a circunstancias ajenas a su voluntad, corresponde al juez valorar las particularidades del caso y adoptar la decisión que mejor armonice el derecho de defensa con la búsqueda de la verdad y la integridad del juicio.

2. Hallazgo posterior de un elemento material probatorio de especial relevancia

El inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004 contempla otro supuesto excepcional.

Cuando cualquiera de las partes encuentre posteriormente un elemento material probatorio o evidencia física de especial importancia para el proceso, deberá ponerlo en conocimiento del juez, quien escuchará a los intervinientes y evaluará el eventual impacto que su incorporación pueda producir sobre el derecho de defensa y la regularidad del juicio oral.

Solo después de esa valoración podrá decidir si resulta excepcionalmente admisible su incorporación o si, por el contrario, debe rechazarse.

Sobre este punto, se considera que la referencia legal a la «exclusión» podría generar confusión con la figura de la exclusión de la prueba ilícita. En su criterio, la consecuencia jurídicamente más adecuada habría sido el rechazo del medio de conocimiento, de conformidad con el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, pues la discusión no versa sobre la licitud de la prueba, sino sobre el incumplimiento del deber de descubrimiento.

3. Elementos probatorios en poder de terceros

También puede presentarse la circunstancia de que los elementos materiales probatorios o la evidencia física se encuentren en poder de personas o entidades distintas de la Fiscalía General de la Nación.

Tal situación puede ocurrir, por ejemplo, respecto de organismos que ejercen funciones de policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o de entidades públicas y privadas que custodian documentos, objetos o informes relevantes para la investigación penal.

En estos supuestos, el deber de descubrimiento conserva plena vigencia, aunque su cumplimiento exige la adopción de las medidas necesarias para garantizar el acceso efectivo de las partes a dichos elementos de conocimiento, conforme a los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Rad 25920 M.P. Javier Zapata Ortiz).

4. Descubrimiento del informe pericial

Otro supuesto particular se presenta respecto del informe pericial previsto en el artículo 415 de la Ley 906 de 2004.

Aunque la identidad del perito debe ser revelada dentro de las oportunidades ordinarias de descubrimiento, la base de la opinión pericial puede conocerse en un momento posterior, dentro de los términos establecidos por la ley.

Esta circunstancia impone a las partes una especial diligencia en la preparación de su estrategia probatoria. En efecto, desde el momento en que se anuncia la comparecencia del perito, la contraparte debe valorar la necesidad de solicitar un perito propio o de preparar adecuadamente el ejercicio del contrainterrogatorio, con el propósito de garantizar una contradicción técnica efectiva durante el juicio oral.

5. Cumplimiento del descubrimiento dentro del plazo judicial

Finalmente, aunque no constituye propiamente una excepción al deber de descubrimiento, merece especial consideración el supuesto previsto en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual el juez puede conceder un plazo para el cumplimiento del descubrimiento ordenado durante la audiencia de formulación de acusación.

Si bien la norma establece un término máximo de tres días, las particularidades del caso concreto —especialmente cuando se trata de investigaciones complejas o de un volumen significativo de elementos materiales probatorios— pueden justificar que el juez adopte las medidas necesarias

para asegurar un descubrimiento completo y efectivo, siempre dentro del respeto por el derecho de defensa y la igualdad de armas.

En todos estos supuestos, la excepcionalidad no elimina la obligación de preservar las garantías procesales. Por el contrario, confirma que el descubrimiento probatorio constituye un instrumento al servicio del debido proceso y que su finalidad esencial consiste en asegurar un juicio oral transparente, contradictorio y respetuoso de los derechos fundamentales de todos los intervinientes.

Conclusiones

El descubrimiento probatorio constituye una de las instituciones esenciales del sistema penal acusatorio colombiano, en cuanto garantiza la efectividad del debido proceso, el derecho de defensa, la contradicción probatoria y la igualdad de armas entre las partes. Su importancia trasciende el cumplimiento de una carga procesal para proyectarse como una auténtica garantía constitucional que legitima el desarrollo del juicio oral.

El análisis del marco constitucional, legal y jurisprudencial permite concluir que el descubrimiento probatorio no se agota en la obligación formal de revelar los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida. Su verdadera finalidad consiste en asegurar que las partes puedan conocer oportunamente los fundamentos probatorios de la teoría del caso de su contraparte, prepararse adecuadamente para el debate judicial y ejercer una contradicción efectiva dentro de un escenario de lealtad procesal y equilibrio.

Del mismo modo, el estudio de las distintas oportunidades procesales demuestra que el descubrimiento probatorio no corresponde a un acto único, sino a una garantía dinámica que acompaña diversas fases del procedimiento penal y cuya intensidad depende de la finalidad constitucional que persigue en cada una de ellas. Esta comprensión explica que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia admitan, de manera excepcional, nuevas oportunidades de descubrimiento cuando ello resulte indispensable para salvaguardar el derecho de defensa o preservar la integridad del juicio oral.

En consecuencia, el incumplimiento injustificado del deber de descubrimiento no puede entenderse únicamente como una irregularidad procesal. Se trata de una actuación que compromete directamente la efectividad del debido proceso y justifica

la adopción de las consecuencias previstas por el legislador, entre ellas el rechazo de los medios de conocimiento cuya revelación fue omitida, en los términos establecidos por la Ley 906 de 2004.

Finalmente, puede afirmarse que el descubrimiento probatorio constituye la manifestación concreta del debido proceso probatorio dentro del sistema penal acusatorio colombiano. Gracias a esta institución, la prueba deja de ser un instrumento de sorpresa para convertirse en un mecanismo de conocimiento recíproco, contradicción efectiva y realización de la justicia. Solo bajo estas condiciones es posible afirmar que el juicio oral se desarrolla conforme a los postulados del Estado constitucional de derecho y a las garantías que inspiran el proceso penal colombiano.

PERSPECTIVA DIFERENCIAL E INTERSECCIONALIDAD EN EL PROCESO LABORAL: EL NUEVO OFICIO DEL JUEZ EN EL CPTSS (LEY 2452/25)

*Carolina Montoya Londoño**

Resumen:

La Ley 2452 de 2025 transforma el proceso laboral al redefinir al juez como un director activo y garante de la igualdad material, superando la neutralidad formal. Este cambio exige que la perspectiva diferencial se integre con una mirada interseccional para identificar barreras estructurales ligadas al género, la vulnerabilidad y la informalidad, entre otros factores. Así, la interseccionalidad se convierte en un criterio de justicia material que orienta la comprensión del conflicto, la motivación de las sentencias y el diseño de remedios judiciales acordes con la dignidad humana y el acceso real a la justicia.

Palabras clave: proceso laboral, interseccionalidad, enfoque diferencial, tutela judicial efectiva, justicia material, Ley 2452 de 2025.

El problema de la «neutralidad»

La mayor insuficiencia del paradigma clásico de neutralidad judicial en materia laboral no ha sido su aparente modestia, sino su capacidad para legitimar, bajo el lenguaje de la imparcialidad, decisiones ciegas frente a desigualdades que preceden al proceso y condicionan su resultado. El litigio laboral nunca comparece ante el juez como un campo llano. Llega atravesado por asimetrías económicas, precariedad informativa, barreras territoriales, exclusión tecnológica, mandatos de género, trabajo

de cuidado no remunerado, discapacidad, edad, orientación sexual y trayectorias de informalidad que inciden en la posibilidad real de reclamar, sostener y materializar un derecho. Ante este escenario, el juez debe erigirse como un director activo con el deber constitucional de equilibrar las cargas; por ello, el «manejo humanizado de la audiencia» debe manifestarse en su máxima expresión para frenar, *in situ*, cualquier sesgo o intento de abuso de poder, evitando que el estrado se convierta en un escenario de revictimización para los sujetos vulnerables. [1]

* Abogada, especialista en seguridad social y en responsabilidad civil y seguros; Magíster en Seguridad Social y derecho del trabajo; doctoranda en Derecho. Se desempeña como Jueza séptima Laboral del Circuito de Medellín en propiedad y Magistrada en provisionalidad de la Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali. Formadora investigadora de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y docente de posgrado en Derecho Laboral y Seguridad Social en las universidades de Antioquia, CES y Libre.

No se trata de una mutación menor. Si el proceso laboral ha sido concebido históricamente como un instrumento tuitivo destinado a corregir la desigualdad propia de la relación de trabajo, resulta incoherente sostener, en sede procesal, un modelo de juez indiferente a las formas concretas en que esa desigualdad se manifiesta. Una neutralidad entendida como pura abstención termina siendo funcional a la distribución previa del poder social. El problema no es que el juez intervenga demasiado, sino que intervenga tarde, mal o desde categorías que desconocen la experiencia real de quienes comparecen a la jurisdicción.

En esta clave, el acceso a la justicia no puede reducirse al simple ingreso formal al aparato jurisdiccional. El magistrado y profesor Oliver Galé insiste en que dicho acceso debe comprenderse como un derecho de libertad y de prestación, lo que impone al proceso la tarea de remover obstáculos materiales y de evitar que el exceso de ritual manifiesto vacíe de eficacia las garantías sustanciales.[2] Cuando esa lectura se toma en serio, la reforma procesal deja de ser una modernización de trámites y aparece como una redefinición constitucional del papel del juez laboral.

Interseccionalidad y comprensión judicial del conflicto

La Ley 2452 de 2025, mediante el nuevo CPTSS, transforma el rol del juez laboral, pasándolo de un modelo puramente ritualista a un director activo y garante de derechos fundamentales y de la igualdad material entre las partes. Esta nueva arquitectura se cimienta en principios como la tutela judicial efectiva y la atención a enfoques diferenciales. El instrumento operativo principal para combatir la

desigualdad estructural, especialmente en casos de acoso o discriminación, es la Carga Dinámica de la Prueba (Art. 128 CPTSS). Esta herramienta permite al juez redistribuir la carga probatoria a la parte con mejor posición para aportarla (generalmente el empleador), exigiendo transparencia y desvirtuando el rigor del principio «onus probandi». Este cambio resignifica la imparcialidad: el juez debe activamente impedir que las ventajas sociales previas se conviertan en ventajas procesales, aplicando criterios objetivos y cumpliendo con las exigencias constitucionales de dignidad y acceso real a la justicia, evitando que el formalismo se convierta en una barrera. La Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral ha refrendado este nuevo oficio en fallos recientes [3], aplicando lecturas contextuales, de género e interseccionales para superar formalismos en la valoración de pruebas en asuntos de estabilidad laboral reforzada, acoso laboral, pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes, despidos sin justa causa y procedimientos disciplinarios, entre otros.

El enfoque interseccional transforma la visión del conflicto laboral al reconocer que la vulnerabilidad no es abstracta, sino que depende de condiciones específicas como el género, la discapacidad o la ruralidad. La interseccionalidad evita tratar de forma uniforme experiencias que son intrínsecamente diversas.

La Sentencia SU-471 de 2023 establece que los derechos sociales deben adjudicarse con un enfoque interseccional que considere raza, clase y género para lograr igualdad material. Esta perspectiva es vital cuando existen prejuicios que pueden distorsionar la decisión judicial.[4]

La pertinencia de esta mirada se refuerza con otros pronunciamientos constitucionales. En T-198 de 2022, la Corte reprochó que la valoración probatoria de un caso de acoso laboral y sexual se hubiera hecho de manera aislada y sin perspectiva de género, pese a que el contexto mostraba una relación asimétrica de poder y una secuencia de hostigamientos que explicaban la renuncia de la trabajadora. En T-400 de 2022, la Corte reiteró que una decisión disciplinaria sobre acoso sexual puede incurrir en defecto fáctico cuando ignora la prueba indiciaria, minimiza el relato de la víctima y normaliza conductas marcadas por estereotipos. En estos contextos, la «flexibilización de la carga probatoria» no es solo necesaria sino jurídicamente obligatoria, especialmente en casos de acoso o violencia donde la prueba directa es de difícil recaudo; el juez debe valorar indicios razonables, entendiendo que el rigorismo probatorio y los formalismos excesivos no pueden erigirse como un muro insalvable para el descubrimiento de la verdad material.[5]

Límites y tensiones del nuevo rol del juez laboral

La implementación de un juez laboral proactivo y con poderes de flexibilización probatoria no está exenta de tensiones con el principio de seguridad jurídica. Existe un riesgo latente de que la dirección activa del proceso sea malinterpretada como una licencia para la arbitrariedad o el capricho, donde el «enfoque diferencial» se utilice como una patente de corso para ignorar las reglas básicas del debido proceso. La doctrina ha advertido que el juez no puede convertirse en el abogado de una de las partes; su función es nivelar el terreno de juego, no asegurar un resultado

predeterminado por su simpatía personal hacia el sujeto vulnerable.

La trasgresión del ordenamiento procesal constituye el principal límite a la actividad judicial. La seguridad jurídica exige que las partes sepan a qué reglas atenerse, y la flexibilización probatoria no puede implicar la supresión del derecho de defensa y contradicción de la contraparte. El juez no puede fallar «sin pruebas» basándose únicamente en la condición de vulnerabilidad del actor; la flexibilización afecta el acceso a la prueba y la distribución de su carga, pero no rebaja el estándar de suficiencia probatoria ni la necesidad de alcanzar una convicción racional fundada en indicios concurrentes y reglas de la experiencia.

En consecuencia, el respeto a la legalidad y la búsqueda de la verdad real constituyen las fronteras innegociables para la aplicación del enfoque diferencial. Según los precedentes de la Sala de Casación Laboral, las herramientas de género e interseccionalidad no facultan al juez para construir «indicios» que simplemente ratifiquen sesgos de responsabilidad cuando la evidencia directa indica lo contrario. La validez de la transformación normativa actual se sustenta en la habilidad de los jueces para fundamentar sus fallos con tal rigor que el ajuste de los desequilibrios procesales no se interprete como un sesgo de parcialidad, sino como el restablecimiento efectivo de la justicia material que ordena la Constitución.

La Sentencia SU-471 de 2023 de la Corte Constitucional ilustra esta necesidad[6], al advertir que la dependencia económica no debe analizarse bajo estereotipos que subvaloren el trabajo informal y de cuidado.

Esta dimensión remedial del nuevo código transforma la sentencia, convirtiéndola en un instrumento de reconstrucción de justicia mediante fórmulas restaurativas, compensatorias y terapéuticas[7]. Para implementar esto, la Ley 2452 de 2025 obliga a revisar rutinas judiciales (modelos de audiencia, lenguaje, accesibilidad)[8] y dota al juez de mecanismos concretos como el Procedimiento Monitorio Laboral (Arts. 286-291) y las facultades Extra y Ultra Petita (Art. 6)[9], para corregir de oficio la discriminación probada.

Una exigencia de justicia material

Con todo, también debe advertirse un riesgo. La interseccionalidad puede banalizarse si se la convierte en una cláusula ornamental de las sentencias. No toda referencia a la vulnerabilidad mejora, por sí sola, la calidad de la decisión. El uso serio del enfoque diferencial exige precisión conceptual, disciplina argumentativa y control sobre las propias premisas judiciales. No basta con mencionar el género, la vulnerabilidad o la discapacidad. Es indispensable mostrar cómo esas condiciones interactúan, de qué manera afectaron el caso concreto y por qué su consideración modifica el modo correcto de decidir.[10]

Este es, quizá, el mayor desafío para la judicatura en su especialidad laboral. La Ley 2452 de 2025 ofrece herramientas normativas valiosas, pero no asegura por sí sola una transformación de la cultura judicial. El magistrado Oliver Gale advierte que el nuevo CPTSS requiere jueces proactivos, con conciencia de su responsabilidad constitucional, apoyo institucional suficiente y capacidad para remover las barreras que el mismo aparato judicial puede producir mediante

formalismos o prácticas de despacho. [11] La justicia inclusiva, por su parte, demanda metodologías, formación y criterios sostenidos para identificar discriminaciones múltiples y respuestas judiciales adecuadas.[12]

La jurisprudencia reciente muestra, además, que el enfoque diferencial no se agota en la dimensión pensional. En SU-067 de 2023, la Corte Constitucional amparó a una mujer trans despedida de manera discriminatoria y corrigió la omisión de los jueces laborales, quienes habían ignorado la relación entre identidad de género, estereotipos empresariales y exclusión reforzada del mercado de trabajo.[13] T-236 de 2023 y T-104 de 2025 confirman que la respuesta judicial en conflictos laborales atravesados por discriminación o violencia basada en género exige distribuir de otro modo la carga argumentativa, reconocer la presunción de discriminación en ciertos contextos y adoptar remedios con vocación restaurativa y de no repetición.[14, 15]

En conclusión, la Ley 2452 de 2025 consolida una redefinición estructural del oficio del juez laboral, forzando la transición desde un modelo de formalismo neutral hacia la efectividad de la tutela judicial y la igualdad material. Esta metamorfosis exige que el juez asuma un rol activo y garantista, utilizando la interseccionalidad como marco analítico indispensable para identificar y corregir las barreras estructurales que condicionan el acceso a la justicia. Este nuevo paradigma trasciende la mera reforma técnica, erigiéndose como un imperativo constitucional dirigido a asegurar que la decisión judicial no solo cumpla con la legalidad, sino que se convierta en un instrumento efectivo de restablecimiento de la dignidad y la justicia

material en el ámbito de las relaciones de trabajo y la seguridad social.

Notas al pie

1. Advertencia de lenguaje inclusivo: El uso del sustantivo masculino «juez» en este artículo (que obedece al uso institucional y normativo tradicional) debe entenderse en su sentido más amplio e inclusivo, refiriéndose indistintamente a la persona titular del despacho o tribunal, sea esta juez, jueza, magistrado o magistrada. Además, el deber de dirección activa del juez para frenar in situ cualquier sesgo o abuso se deriva del principio de tutela judicial efectiva (Art. 3 CPTSS) y del mandato de manejo humanizado de la audiencia, tal como lo desarrolla Oliver Gale, C. A. (2025).
2. Sobre el concepto de acceso a la justicia como un derecho de libertad y de prestación que impone al proceso el deber de remover obstáculos materiales y evitar el exceso de ritual manifiesto, véase la profundización de esta idea en Oliver Gale, C. A. (2025). Esbozo general sobre el acceso a la administración de justicia en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Ley 2452 de 2025. Primer capítulo del libro: El nuevo sistema procesal laboral colombiano: Estudios y análisis de la Ley 2452 de 2025. Tirant lo Blanch
3. Sobre enfoque de género, interseccionalidad y valoración contextual de la prueba, ver, entre otras, CSJ SL3462-2021, SL579-2024, y CC T-132-2025, T-141-2024.
4. Cumbre Judicial Iberoamericana. (2023). Perspectiva de género e interseccional en el servicio judicial como garantía para la reducción de barreras en el acceso a la justicia.
5. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-471 de 2023.
6. Ídem [5], sobre la necesidad de aplicar el enfoque interseccional en la valoración de dependencia económica para evitar estereotipos de género y clase.
7. El carácter transformador del nuevo CPTSS y la incorporación de fórmulas de justicia retributiva, compensatoria, restaurativa y terapéutica se encuentran desarrollados en Padilla García, J. M. (2025). Novedades en el nuevo Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Ley 2452 de 2025: comentarios y críticas selectivas al nuevo CPTSS.
8. La Ley 2452 de 2025 obliga a revisar rutinas judiciales (modelos de audiencia, lenguaje, accesibilidad) para garantizar la justicia inclusiva. Ver Cumbre Judicial Iberoamericana (2023).
9. Los mecanismos concretos de implementación incluyen el Procedimiento Monitorio Laboral (Arts. 286-291 CPTSS) y las facultades Extra y Ultra Petita (Art. 6 CPTSS) para corregir de oficio la discriminación probada. (Ver [16] y [7]).
10. El uso serio del enfoque diferencial exige precisión conceptual, disciplina argumentativa y control sobre las propias premisas judiciales para evitar la banalización.
11. El profesor Oliver Gale advierte que el nuevo CPTSS requiere jueces proactivos, con conciencia de su responsabilidad constitucional, apoyo institucional suficiente y capacidad para remover las barreras que el mismo aparato judicial puede producir mediante formalismos o prácticas de despacho. Véase la profundización de esta idea en Oliver Gale, C. A. (2025). Esbozo general sobre el acceso a la administración de justicia en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Ley 2452 de 2025. Primer capítulo del libro: El nuevo sistema procesal laboral colombiano: Estudios y análisis de la Ley 2452 de 2025. Tirant lo Blanch
12. La justicia inclusiva demanda metodologías, formación y criterios sostenidos para identificar discriminaciones múltiples y respuestas judiciales adecuadas. Ver Cumbre Judicial Iberoamericana (2023).
13. Corte Constitucional. Sentencia SU-067 de 2023, que amparó a una mujer trans despedida de manera discriminatoria y corrigió la omisión de los jueces laborales.
14. Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 2023, que confirma la exigencia de distribuir la carga argumentativa en conflictos laborales con discriminación o violencia basada en género.
15. Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2025, que exige la adopción de remedios con vocación restaurativa y de no repetición en casos de discriminación laboral.
16. El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS), introducido por la Ley 2452 de 2025, consagra el principio de tutela judicial efectiva (Art. 3) y el mandato de la dirección activa del proceso (Art. 4) y la aplicación de enfoques diferenciales (Art. 3, num. 2).

17. La necesidad de metodologías, formación y sensibilización judicial para una justicia inclusiva e interseccional se encuentra desarrollada en el documento de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2023).

Referencias

Corte Constitucional (2024). Sentencia T-141 de 2024.

Corte Constitucional (2025). Sentencia T-132 de 2025.

Corte Constitucional. (2022). Sentencia T-198 de 2022.

Corte Constitucional. (2022). Sentencia T-400 de 2022.

Corte Constitucional. (2023). Sentencia SU-067 de 2023.

Corte Constitucional. (2023). Sentencia SU-471 de 2023.

Corte Constitucional. (2023). Sentencia T-236 de 2023.

Corte Constitucional. (2025). Sentencia T-104 de 2025.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021). Sentencia SL3462-2021.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2024). Sentencia SL579-2024.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2020). Sentencia SL3861-2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2023). Sentencia SL2517-2023.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024). Sentencia SL579-2024.

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2023). Perspectiva de género e interseccional en el servicio judicial como garantía para la reducción de barreras en el acceso a la justicia.

Oliver Gale, C. A. (2025). Esbozo general sobre el acceso a la administración de justicia en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Ley 2452 de 2025. Primer capítulo del libro: El nuevo sistema procesal laboral colombiano: Estudios y análisis de la Ley 2452 de 2025. Tirant lo Blanch.

Padilla García, J. M. (2025). Novedades en el nuevo Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Ley 2452 de 2025: comentarios y críticas selectivas al

CONTROL JUDICIAL DE LA IMPUTACIÓN Y LA ACUSACIÓN: ¿NECESIDAD O CAPRICHOS?

Julían Chica Díaz*

Resumen:

Se analiza si el control judicial de la imputación y la acusación en el procedimiento penal colombiano es una necesidad o un exceso. A partir de la jurisprudencia constitucional y penal, se ha decantado que nuestro sistema procesal penal es de tendencia acusatoria y ha evolucionado hacia admitir, de manera excepcional, dicho control para proteger garantías y derechos fundamentales. El juez puede verificar los hechos, el derecho (tipicidad) y, en ciertos casos -muy excepcionales-, el material probatorio, sin desnaturalizar el principio acusatorio. Se concluye que este control no es un capricho, sino una garantía para asegurar la justicia material, el debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial.

Palabras clave: control judicial, imputación, acusación, sistema con tendencia acusatoria, principio acusatorio, debido proceso, derechos fundamentales, jurisprudencia penal.

nuevo CPTSS. Grupo Editorial Ibáñez.

La problemática en Colombia surge porque la Ley 906 de 2004 -*Código de Procedimiento Penal*- no consagró alguna disposición que imponga a la Fiscalía acudir ante un juez para que analice y valore si tiene «causa probable» y la habilite a promover la acusación; figura jurídica propia de los sistemas acusatorios y, en especial, del anglosajón americano. Omisión legislativa —o así lo quiso— que ha generado importantes discusiones y debates en la *praxis judicial* y la academia, al cuestionarse si el juez de control de garantías y de conocimiento pueden hacer control material *-en adelante control*

judicial- de la imputación y la acusación, respectivamente, sin que se desnaturalice el principio acusatorio y la imparcialidad que debe caracterizar el sistema procesal penal y la actuación del juez.

I.- Naturaleza del sistema procesal penal colombiano

La finalidad en este acápite no es caracterizar el sistema procesal adoptado en Colombia, a partir del Acto Legislativo 3 de 2002, modificador de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, desarrollado e implementado por la Ley 906 de 2004. No obstante, es importante, para resolver el interrogante, referirse a situaciones donde la jurisprudencia de la

* Juez 1º Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Cali (en provisionalidad), Juez 16 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali (en propiedad), Docente universitario.

Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha perfilado algunas instituciones jurídicas, a partir de la modulación del principio acusatorio, cuya esencia es la separación de funciones entre acusador y juzgador.

La naturaleza del sistema procesal penal colombiano no puede ser adscrita a un sistema acusatorio puro y tampoco a una de sus especies, Continental Europeo o Anglosajón Americano. Así fue expuesto por la Corte Constitucional desde los inicios del sistema (Corte Constitucional, 2005), al señalar que es de tendencia acusatoria, con características propias y especiales donde pueden existir afinidades con una u otra, sin que corresponda a un típico modelo adversarial entre dos partes: acusador y acusado, porque *i)* existe la intervención del ministerio público y la víctima, y *ii)* el juez, no es un «*mero árbitro*».

En relación con el rol del juez, sostuvo:

«... en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de

conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad». (Corte Constitucional, 2005, pp. 24).

Naturaleza que coincide con lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al señalar:

«... en Colombia, como ya ha sido pacífica y reiteradamente señalado por esta Sala y la Corte Constitucional, no se adoptó un específico sistema acusatorio que de entrada permita advertir matriculada la Ley 906 de 2004, a los presupuestos que gobiernan la forma de tabular el proceso penal en los Estados Unidos o en el continente europeo (sistemas anglosajón y continental europeo).

Todo lo contrario, en Colombia, existe una mixtura de sistemas que torna peculiar el procedimiento de la Ley 906 de 2004, aunque, desde luego, conserva el norte y principios básicos que permiten advertir su adscripción a la óptica acusatoria». (2008, pp. 22-23)

Referentes jurisprudenciales, entre otros¹, que han decantado una visión de la naturaleza del sistema procesal penal colombiano y sus características. Sin embargo, en el «*día a día*», la resolución de problemas jurídicos por parte de los jueces (singulares y plurales), propios de la implementación de un nuevo sistema, ha dado lugar a posturas contrarias, problemática a la que no escapa el control judicial de la imputación y la acusación, actos de parte en cabeza de la Fiscalía.

¹ Para profundizar en el estudio del sistema procesal penal colombiano y sus características, resulta pertinente revisar las sentencias C-1092 de 2003, C-873 de 2003, C-1154 de 2005, C-591 de 2005, C-822 de 2005, C-799 de 2005, C-1194 de 2005, C-454 de 2006, C-209 de 2007 y C-025 de 2009 de la Corte Constitucional colombiana.

II.- Modulación del principio acusatorio

Hay instituciones jurídicas, donde la jurisprudencia de las Cortes *en algunas ocasiones* ha modulado el principio acusatorio, situación que *prima facie* pareciera desnaturalizar el sistema procesal, al otorgarle protagonismo al juez en un rol propio de la Fiscalía o soluciones no muy ortodoxas *frente* a un sistema acusatorio. Veamos dos casos:

a. En los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado: ¿el juez puede o no realizar «control material» de la calificación jurídica que surge del preacuerdo? La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia *i)* inicialmente sostuvo que era procedente, de manera excepcional²; *ii)* luego modificó su postura³, la ratificó⁴ y la consolidó⁵, en el sentido que el juez de conocimiento no podía realizar «control material»; y *iii)* hoy, sostiene que es deber del juez realizarlo⁶.

b. Otro tema sensible, es si el juez puede condenar cuando la Fiscalía ha solicitado la absolución del procesado. La respuesta es sencilla, conforme al artículo 448 de la Ley 906 de 2004: el acusado no podrá ser declarado culpable «*por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*», sin embargo, la cuestión ha sido objeto de dos posturas

por parte de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

1. En los inicios del sistema, la jurisprudencia consideró⁷ que «*la acusación es un acto de parte, por lo que una petición de absolución proveniente de su titular equivale a un retiro de los cargos. De allí que, al juez de conocimiento no le sea permitido asumir como propia la acusación o tomar el rol de acusador oficioso*» (Corte Suprema de Justicia, 2016, pp. 17).
2. Postura modificada, a partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, al sostener que «*la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o deseada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral*». Precedente que se mantiene vigente (2016, pp. 44)⁸.

Lo anterior, permite evidenciar la forma como se ha venido decantando el sistema. En sus inicios una mayor prelación a los principios de un sistema acusatorio, donde no se permitía el control material

² Véase Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 19 octubre, 2006, Rad. 25724.

³ Véase Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 6 febrero, 2013, Rad. 39892.

⁴ Véase Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 24 sept. 2013, Rad. 69478

⁵ Véase Sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Rad. 41570 de 2013, 42184 de 2014, 46101 de 2016, 45736 de 2016 y 48293 de 2017, y Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de Tutela, Rad. 70392 de 2013, 70712 de 2013, 72092 de 2014, 84761 de 2016 y T 901627 de 2017.

⁶ Véase Sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Rad. 49386 de 2019, Rad. 52227 de 2020, Rad. 60117 de 2025; Sentencia Corte Constitucional SU – 479 de 2019.

⁷ Véase Sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Rad. 15843 de 2006; 28124 de 2008; 28961 de 2008; 38256 de 2012; 43837 de 2013; 41290 de 2013

⁸ Véase Sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Rad. 55886 de 2020; 50312 de 2020; 52133 de 2020.

de la calificación jurídica que surgía de un preacuerdo o, la emisión de una sentencia condenatoria, cuando la fiscalía solicitaba la absolución, al tenor del art. 448 del C. de P. Penal. Hoy, es posible controlar la calificación jurídica y emitir sentencia condenatoria, así el acusador postule una absolución, conforme se describió en precedencia, posturas que evidencian un giro hacia la prevalencia de otros valores y principios constitucionales: verdad y justicia, dentro de unos parámetros de objetividad, razonabilidad y ponderación.

III.- Control judicial de la imputación y la acusación

Situación similar acontece con el control judicial de la imputación o acusación por parte del juez. A pesar de que la jurisprudencia ha sido «*enfática*» en señalar que no es procedente, su postura ha tenido variaciones desde la vigencia del sistema procesal penal con tendencia acusatoria, considerando finalmente que debe realizarse, *de manera excepcional -así lo sostuvo recientemente en el caso Colmenares⁹-*.

a. En principio, la jurisprudencia¹⁰ decantó, a partir de principios de un sistema acusatorio, que el juez no podía realizar control judicial de la imputación o acusación, con fundamento en *i)* el principio acusatorio, *ii)* la separación de funciones entre acusador y juzgador, *iii)* por tratarse de un acto de parte de la titular de la acción penal *-la fiscalía-* y *iv)* el principio de imparcialidad que debe caracterizar al juez. En consecuencia, la indebida construcción de hechos jurídicamente relevantes, calificación y juicio de imputación y/o acusación por parte del Ente acusador,

conllevaba al decaimiento de la pretensión punitiva, cuya «sanción» era la emisión de una sentencia de carácter absolutoria *-hoy, es procedente decretar la nulidad de la imputación y/o acusación-*. (Corte Suprema de Justicia, 2007a, 2007b, 2008, 2012a, 2012b, 2013a, 2013b, 2013c, 2016).

b. De manera aislada, la jurisprudencia aceptó un «control material más o menos amplio» de la imputación y/o la acusación (Corte Suprema de Justicia, 2007, 2009). La Corte Constitucional (2024), consideró que no realizar este control es un «*exceso ritual manifesto*», porque «*el juez renuncia a conocer un caso de fondo y a proteger un derecho sustancial como resultado de una aplicación irreflexiva de las normas procedimentales*» y, en tales condiciones, violenta la garantía del debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial (arts. 29 y 228 Constitucional), cuando las normas procesales constituyen un medio para su realización efectiva y no un obstáculo.

Resulta importante señalar que si este control, durante el acto de imputación o acusación, recaes sobre el material probatorio (elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida) se desdibuja y desnaturaliza la función jurisdiccional del juez y lo ubica en el rol requirente o de señalamiento en cabeza de la Fiscalía. En otras palabras, lo convierte en juez y parte, propio de un sistema inquisitivo, rompiendo con la separación de funciones y la imparcialidad de la judicatura.

c. Hoy, la postura de mayor aceptación y que se ha venido consolidando en la

⁹ Véase Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Rad. 15 abr. 2026, Rad. 60455 de 2026

¹⁰ Véase Sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Rad. 26087 de 2007; 28294 de 2007; 29994 de 2008; 38256 de 2012; 38521 de 2012; 37951 de 2013; 41375 de 2013; 39886 de 2013; 45819 de 2016

jurisprudencia¹¹, es que el juez puede realizar control judicial de la imputación y/o la acusación, de manera excepcional, cuando se trata de violaciones flagrantes a los derechos fundamentales y o las garantías judiciales en *pro* de los derechos de las partes e intervinientes, en especial, del acusado y la víctima.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2025), decantó que la labor del juez no se limita a emitir la sentencia, sino que, por ministerio de la Constitución y la Ley, le corresponde verificar que cada actuación procesal esté ajustada al ordenamiento jurídico. Esto implica ejercer controles de la imputación y acusación delimitado a tres posibilidades: los hechos (o enunciados fácticos), la calificación jurídica (o juicio de tipicidad) y la suficiencia probatoria, de la siguiente manera:

... el juez debe controlar los hechos atribuidos, aunque estos recaigan en un acto de parte -como la formulación de imputación-. Su cotejo es un requisito expresamente fijado en el Código de Procedimiento Penal para cumplir con las diligencias de imputación y acusación (arts. 288 y 337 y ss.), al señalar que debe existir una «[R]elación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje claro y comprensible».

Lo anterior significa que, a falta de claridad, detalle y suficiencia de la hipótesis fáctica imputada, se activa el control judicial. En caso de constatarse dicha falta de requisitos en la fijación de los hechos, el

juez debe declarar inválidamente formulada la imputación (no sin antes emplear labores de direccionamiento de audiencia y solicitar a la fiscalía las claridades necesarias, so pena de ejercer dicho control invalidante).

Sobre el segundo aspecto, la calificación jurídica o el juicio de tipicidad adecuado a los hechos fijados por la fiscalía, recae un control judicial limitado o excepcional. Ante casos contra fácticos o totalmente discordantes entre la premisa fáctica y su adecuación jurídica, o frente a calificaciones con deflación o inflación evidente o, en otras palabras, imputaciones o acusaciones manifiestamente ilegales, al juez le corresponde no convalidar el respectivo acto de parte.

Finalmente, la tercera posibilidad de control, esto es, el que recae sobre la valoración de la suficiencia probatoria del caso presentado por la fiscalía, de acuerdo con la estructura del proceso, únicamente es posible cuando tiene efectivo acceso a las evidencias del proceso, una vez son incorporadas a juicio oral o en eventos de terminaciones anticipadas. En otras palabras, ese último control corresponde al juicio de responsabilidad que realiza el juez al momento de decidir de fondo el proceso y para verificar si se satisface el estándar probatorio exigido para el efecto. (Corte Suprema de Justicia, 2025, pp. 37-39)

Conforme a lo anterior, el control judicial, **de manera excepcional**, recae sobre:

¹¹ Véase Sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Rad. 39892/13; 40871/14; 42452/14; 43436/15; 45594/16; 48668/17; 51551/18; 52589/18; 52311/18; 56505/20; 54691/21; 58474/25; 60117/25; 60455/26

1. Los hechos *-pueden controlarse los siguientes aspectos sin que sea taxativo-*

(i) *Principio de coherencia.* Las circunstancias factuales de la acusación deben ser las mismas de la imputación (Corte Suprema de Justicia, 2018), excepto que se haya adicionado, ante juez de control de garantías, o se trate de «nuevos detalles» (Corte Suprema de Justicia, 2018).

(ii) Ausencia de hechos jurídicamente relevantes o están incompletos, es decir, no se subsumen en un tipo penal. Por consiguiente, no puede mantenerse vinculada a una persona por imputaciones formalmente atípicas (Corte Suprema de Justicia, 2023).

(iii) Cuando en el componente fáctico de la imputación y/o acusación sólo se incluyen medios de prueba y hechos indicadores, o incorporándose hechos jurídicamente relevantes son ambiguos, confusos, insuficientes, faltos de absoluta claridad o incomprensibles para las partes, en especial, para el procesado.

Mezclar hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y contenidos probatorios, *constituye una impropiedad*, empero, no conduce necesariamente a la anulación del proceso, ya que es posible que, a pesar de ello, el imputado o acusado haya podido comprender los cargos. Cuando el acto ha cumplido su finalidad no se invalida o anula, principio de instrumentalidad de las formas (Corte Suprema de Justicia, 2023).

2. La calificación jurídica (o juicio de tipicidad)

El control judicial debe ser excepcional y limitado, ante casos contra fácticos o totalmente discordantes entre la premisa fáctica y su

adecuación jurídica, o frente a calificaciones con deflación o inflación evidente o, en otras palabras, imputaciones o acusaciones manifiestamente ilegales, arbitrarias y groseras (Corte Suprema de Justicia, 2020). Esto ocurre cuando la premisa fáctica claramente no corresponda a las normas elegidas o, porque las normas invocadas no estén vigentes (Corte Suprema de Justicia, 2023), eventos en los cuales el juez no puede convalidar el acto de parte.

La transgresión a los derechos constitucionales debe surgir de manera manifiesta, patente, evidente, ante lo grotesco y arbitrario del juicio de tipicidad. Lo que no puede suceder es que, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable (Corte Suprema de Justicia, 2016).

3. La suficiencia probatoria.

De acuerdo con la estructura del proceso, el control únicamente es posible cuando tiene efectivo acceso al material probatorio, una vez son incorporadas al juicio oral o en eventos de terminaciones anticipadas. En otras palabras, este control corresponde al juicio de responsabilidad que realiza el juez al momento de decidir de fondo el proceso y para verificar si se satisface el estándar probatorio exigido para el efecto, por ejemplo: en las terminaciones anticipadas, cuando el juez debe verificar el cumplimiento del inciso final del artículo 327 del C. de P. Penal, para aprobar o no el preacuerdo.

IV. Conclusiones

1. El sistema procesal penal colombiano con tendencia acusatoria continua en permanente construcción, al no poderse

adscribir a un sistema acusatorio «puro» ni a una de sus especies: Anglosajón americano o Continental europeo. Sin embargo, no puede desconocerse el núcleo duro del principio acusatorio, se puede modular, de manera excepcional, cuando entra en oposición con los principios constitucionales consagrados en la *parte dogmática* de la Carta Política, en aras de materializar los valores y fines constitucionales superiores: *i) asegurar la convivencia pacífica y ii) la vigencia de un orden justo (artículo 2º Constitucional) -recordemos que el derecho penal es uno de los medios de control social a los que acude el Estado, eso sí, como ultima ratio, para cumplir sus fines esenciales-*.

2. Con fundamento en la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal, la jurisprudencia ha adoptado decisiones que han modulado principios del sistema acusatorio, en *pro* de satisfacer mandatos superiores consagrados en la Constitución Política, así en algunos eventos consideremos que desnaturalizan la sistemática adoptada por el Acto Legislativo 3 de 2002 y desarrollada por la Ley 906 de 2004. En cierta medida, lo que ha realizado es un test de ponderación para optimizar la aplicación del Derecho y obtener soluciones justas sin avasallar los derechos fundamentales y garantías judiciales al no darle prevalencia a uno u otros, anulando los que le son oponibles.

Ejercicio hermenéutico que ha permitido que el juez pueda: *i) realizar control judicial de la calificación jurídica que resulta de los preacuerdos y negociaciones; ii) condenar cuando se cumple con el estándar de conocimiento consagrado en el artículo 381 del C. de P. Penal, conocimiento más allá de toda duda, a partir de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica,*

así la fiscalía haya solicitado absolución, contrariando el mandato del artículo 448 del C. de P. Penal; iii) control judicial de la imputación y la acusación, de manera excepcional, con relación a los hechos y el derecho, no frente a la suficiencia probatoria.

Soluciones que contarían los principios de un sistema acusatorio «puro», porque el juez en ese modelo, *prima facie*, no puede controlar los hechos o la calificación jurídica o condenar a pesar de la petición de absolución realizada por el acusador. En el contexto colombiano, se han modulado algunos principios con el fin de salvaguardar preceptos constitucionales *-valores, principios y reglas-*. Esto, a partir de la ponderación de unos y otros y del principio de imparcialidad que debe caracterizar la actuación del juez, orientada por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, art. 5º, L. 906 de 2004, de ahí, que no se trata de un «mero árbitro» de las actuaciones de la Fiscalía.

3. El Juez de control de garantías o de conocimiento, de manera excepcional, a petición de parte o de oficio puede realizar control judicial constitucional de la imputación o acusación, respectivamente. Lo anterior, porque *i) al no haberse consagrado en el sistema procesal penal colombiano la institución jurídica de la «causa probable» y ii) ser la Fiscalía la titular de la acción penal, no la dueña -su disposición no es absoluta, es reglada -principio de legalidad- y sometida a controles-*, se requiere la intervención del juez, al no ser un «fedatario» de los actos de parte.

El control judicial de la imputación y la acusación es una necesidad excepcional y no un «capricho». Esto, con el fin de preservar los valores, principios y reglas

propios de un Estado Constitucional de Derecho (Corte Constitucional, 2005a, 2005b), para evitar injusticias y/o nulidades en las postrimerías del proceso. Ello, no implica la eliminación del núcleo duro del principio acusatorio: separación de funciones -*acusación y juzgamiento*-, condena sin acusación y la imparcialidad del juez -*no se puede convertir en juez y parte*-. Todo lo anterior, en aras de la prevalencia de la justicia, el derecho y la verdad.

Bibliografía

- Corte Constitucional (Sentencia de Constitucionalidad). Sentencia C-591 (2005, 9 de junio). (Expediente: D-5415). Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional (Sentencia de Constitucionalidad). Sentencia C-1260 (2005, 5 de diciembre). (Expediente: D-5731). Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional (Sentencia de Unificación). Sentencia SU-360 (2024, 29 de agosto). (Expediente: T. 10001101). Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Suprema de Justicia. (2006, 19 de octubre). Sala de Casación Penal (Radicación 25724). Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Corte Suprema de Justicia. (2007, 28 de febrero). Sala de Casación Penal (Radicación 26087). Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia. (2007, 12 de septiembre). Sala de Casación Penal (Radicación 277759). Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia. (2007, 5 de octubre). Sala de Casación Penal (Radicación 28294). Magistrado Ponente: Augusto José Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia. (2008, 15 de Julio). Sala de Casación Penal (Radicación 29994). Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia. (2008, 29 de Julio). Sala de Casación Penal (Radicación 28961). Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. (2009, 8 de julio). Sala de Casación Penal (Radicación 31280). Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. (2012, 18 de abril). Sala de Casación Penal (Radicación 38256). Magistrado Ponente: José Luís Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia. (2012, 18 de abril). Sala de Casación Penal (Radicación 38521). Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 6 de febrero). Sala de Casación Penal (Radicación 26087). Magistrada Ponente: Marina Pulido de Barón.
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 19 de junio). Sala de Casación Penal (Radicación 37951). Magistrado Ponente: José Luís Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 14 de agosto). Sala de Casación Penal (Radicación 41375). Magistrado Ponente: José Luís Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 24 de septiembre). Sala de Casación Penal (Radicación 69478). Magistrado Ponente: Gerson Chaverra Castro.
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 16 de octubre). Sala de Casación Penal (Radicación 39886). Magistrada Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. (2016, 5 de octubre). Sala de Casación Penal (Radicación 45594). Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia. (2018, 13 de junio). Sala de Casación Penal (Radicación 52651). Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar.
- Corte Suprema de Justicia. (2019, 5 de junio). Sala de Casación Penal (Radicación 51007). Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar.
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 22 de marzo). Sala de Casación Penal (Radicación 59629). Magistrada Ponente: Myriam Ávila Roldán.
- Corte Suprema de Justicia. (2023, 20 de septiembre). Sala de Casación Penal (Radicación 62296). Magistrado Ponente: Carlos Roberto Solórzano Garavito.
- Corte Suprema de Justicia. (2023, 2 de agosto). Sala de Casación Penal (Radicación 54809). Magistrado Ponente: Gerson Chaverra Castro.
- Corte Suprema de Justicia. (2023, 20 de septiembre). Sala de Casación Penal (Radicación 62296). Magistrado Ponente: Carlos Roberto Solórzano Garavito.
- Corte Suprema de Justicia. (2025, 30 de abril). Sala de Casación Penal (Radicación 60117). Magistrado Ponente: Jorge Hernán Díaz Soto.

PRESUPUESTOS Y DIFICULTADES DE LA PRÓRROGA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ORDINARIO

*José Manuel Torres Vanegas**

Resumen:

Se examina la prórroga de la detención preventiva en el proceso penal colombiano, destacando su carácter excepcional frente al principio del plazo razonable. Se identifican los presupuestos objetivos, sustanciales y procedimentales que deben concurrir para su procedencia, así como las exigencias de motivación fáctica, jurídica y probatoria actualizada. Se analizan dificultades prácticas derivadas del incumplimiento de estos requisitos y se diferencian claramente la imposición inicial y su prórroga, subrayando el rol del juez como garante del debido proceso y de la libertad personal.

Palabras clave: medida de aseguramiento, detención preventiva, prórroga, debido proceso, plazo razonable, control de garantías, proceso penal.

I. Contexto normativo y evolución legislativa

En el proceso penal, en aquellos casos donde se ha establecido en contra del procesado una medida de aseguramiento privativa de la libertad en su contra, resulta importante determinar en cualquier momento, si la misma se encuentra vigente y responde a las necesidades frente a las cuales se impuso y más aún si el tiempo por el cual inicialmente fue impuesta, puede ser prorrogado, situación que en principio, pareciera que no ofrece mayor discusión; sin embargo, no en pocos casos,

el peticionario que acude ante los Jueces Penales a solicitar y sustentar la prórroga de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, lo hace sin el debido cumplimiento de los presupuestos legales, lo que permite que a la postre se niegue la petición con la consecuente sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad y el fracaso de los objetivos cautelares previstos en el artículo 296 de la Ley 906 de 2004.

Cuando se expidió la Ley 906 de 2004, se hizo con el convencimiento que dejaríamos atrás los demorados trámites propios

* Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali. Abogado Penalista con Maestría en Criminología, Ciencias Penales y Penitenciarias y Especializaciones en Derecho Constitucional y en Derecho Penal.

de un sistema con tendencia inquisitiva que representaba la Ley 600 de 2000, y nos adentraríamos a un proceso ágil, rápido y donde no habría lugar a hablar de cumplimiento anticipado de la pena estando bajo una privación preventiva de la libertad; sin embargo, con el paso del tiempo los trámites comenzaron a alargarse y a completar ya no meses, sino años, fruto en buena parte del bajo o poco desarrollo práctico de figuras que permitieran la terminación anticipada del proceso, tales como los preacuerdos y la aplicación del principio de oportunidad, entre otros.

Los múltiples casos que posibilitaron visualizar la realidad del proceso penal en Colombia, materializados en la alta población carcelaria que cobijó incluso los sitios de paso como las Estaciones de Policía, sirvieron en parte, como mecanismos de presión para que el legislador se ocupara de tal situación y fue precisamente como a través de la Ley 1760 de 6 de julio de 2015, se estableció por primera vez en Colombia un término máximo de vigencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva e igualmente se incorporó una nueva causal de libertad para el acusado cuyo trámite se encuentra en juicio. Esa norma, sin embargo, nunca entró a regir de manera práctica, porque fue subrogada por la Ley 1786 de 1° de julio de 2016, que adicionó dos párrafos al artículo 307 de la Ley 906 de 2004, donde el párrafo 1° dispone que, salvo lo previsto en los párrafos 2° y 3° del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año.

La norma tuvo un inicio diferido, estableciendo que los términos respecto de procesos ante la Justicia Penal Especializada, en los que sean tres o más los acusados con detención preventiva, o cuando se trate de actos de corrupción de la Ley 1474 de 2011 o de conductas del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, entrarían a regir después de un año contado a partir del 1° de julio de 2017.

Como lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-221 del 19 de abril de 2017, el artículo 1 de la Ley 1786 de 2016, que reemplazó el artículo 1 de la Ley 1760 de 2015, mantuvo prácticamente los mismos contenidos normativos y, específicamente, el término máximo de un (1) año de detención preventiva dentro de la actuación procesal, estableciendo además como novedad, que dicho término podría prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial, siendo el propósito de la norma racionalizar el uso excepcional de la medida de aseguramiento en el proceso penal, mediante la introducción de mojones materiales a la imposición de la privación preventiva de la libertad, a través de la fijación de términos máximos de duración.

La regla general es que el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no vaya a exceder de un (1) año. Por ende la prórroga viene a constituir una excepción de configuración legal taxativa y no se activa de pleno derecho, ya que la regla general de establecer un término para vigencia de la medida de aseguramiento, proviene del derecho al plazo razonable, el cual constituye una garantía fundamental

del debido proceso que impide que el Estado mantenga a una persona vinculada a un proceso penal, y especialmente privada de su libertad, por un tiempo irrazonable o desproporcionado, lo cual encuentra su fundamento normativo en el artículo 29 de la Constitución Política (Toda persona tiene derecho... a un debido proceso público sin dilaciones injustificada), el artículo 14.3.C del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas) y de los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y derecho a ser oído dentro de un plazo razonable).

Así mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en múltiple jurisprudencia (Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua (Sentencia del 29 de enero de 1997); Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (Sentencia de 12 de noviembre de 1997), y Caso López Álvarez vs. Honduras (Sentencia de 1 de febrero de 2006), entre otros, que el plazo razonable se analiza a partir de cuatro criterios concurrentes: (i) complejidad del asunto; (ii) actividad procesal del interesado; (iii) conducta de las autoridades judiciales; y (iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada.

Ya en nuestra legislación interna el Plazo Razonable se materializa en la Ley 906 de 2004, a través de un doble mecanismo: de un lado, los términos procesales objetivos del artículo 317, cuya inobservancia genera el derecho a la libertad, y de otro lado el control judicial permanente sobre la necesidad y proporcionalidad

de la detención, ejercido por el Juez con Funciones de Control de Garantías, donde uno de esos controles lo constituyen los límites objetivos a la duración de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

La prórroga entonces viene a ser la excepción y por ende no opera oficiosamente o de pleno derecho, sino que el respectivo funcionario, esto es, el Juez con Funciones de Control de Garantías, es el que, a petición de parte, debe establecer en audiencia preliminar, si se dan los presupuestos legales para habilitar el término adicional.

II. Presupuestos para que proceda la prórroga de la medida de aseguramiento privativa de la libertad

Conforme al parágrafo 1° del artículo 307 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1786 de 2016, los presupuestos son concurrentes y los podemos agrupar en tres categorías: Los objetivos (de aplicación taxativa), los sustanciales y los procedimentales.

A. Presupuestos objetivos

Solo procede la prórroga si el proceso se enmarca en alguno de los siguientes supuestos normativos, que son de aplicación taxativa:

1. Justicia penal especializada. Que el proceso se surta ante la justicia penal especializada, lo cual remite a los delitos de competencia de los Juzgados Penales del Circuito Especializados conforme al artículo 35 de la Ley 906 de 2004 (tortura, desplazamiento forzado, terrorismo, entre otros).

2. Pluralidad de acusados privados de la libertad. Que sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva al momento de la solicitud.

3. Delitos de corrupción (Ley 1474 de 2011). Que se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la referida Ley.

4. Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Que se trate de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (artículos 205 a 219 del Código Penal).

B. Presupuestos sustanciales: comprobada existencia de los requisitos contemplados en el artículo 308 y 313 de la ley 906 de 2004

En los casos susceptibles de prórroga, los Jueces con Funciones de Control de Garantías para resolver sobre la solicitud, deben tener en cuenta que se hayan cumplido los requisitos contemplados en el inciso 1° del artículo 308 y del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, lo cual significa que la prórroga no es automática por el solo hecho de que en algún momento se le impuso a la persona procesada medida de aseguramiento privativa de la libertad, pues debe haberse demostrado por parte del peticionario que cada uno de los presupuestos sobre los cuales se sostiene la privación de la libertad, son suficientes y actuales, además de encontrarse vigentes:

1. Presupuesto objetivo de inferencia razonable de autoría o participación. Al tenor de lo dispuesto en el inciso 1°

del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, debe mantenerse la inferencia razonable de existencia de hechos, conducta punible y autoría o participación, constituida por la acreditación de la materialidad del presunto delito y la probable autoría o participación del imputado, todo ello bajo una verificación concurrente y no alternativa, de los presupuestos materiales.

2. Presupuesto objetivo de procedencia de la medida de aseguramiento. De conformidad con lo establecido en el artículo 313 de la Ley 906 de 2004, debe demostrarse que el proceso continúa adelantándose ante los jueces penales de circuito especializados por competencia, o que la calificación jurídica no ha variado y el delito sigue siendo investigable de oficio con un mínimo de la pena prevista por la ley que sea o exceda de cuatro (4) años, o que la investigación continúe por alguno de los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o simplemente, que la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

3. Presupuesto subjetivo de necesidad cautelar. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 296, así como también en el inciso 2° del artículo 308 (numerales 1, 2 o 3), desarrollado por los artículos 309, 310, 311 o 312 de la Ley 906 de 2004, el peticionario debe acreditar que subsiste

al menos una de las finalidades cautelares y aún resulta necesaria, proporcional, razonable, ajustada y adecuada la medida de aseguramiento privativa de la libertad, porque continúan las razones por las cuales inicialmente se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad al procesado, es decir, que persiste la obstrucción de la justicia (artículo 309), el peligro para la comunidad (artículo 310), el peligro para la víctima (artículo 311) o subsisten las razones para considerar que no habría comparecencia de la persona procesada en caso de una medida menos gravosa (artículo 312), debiendo los anteriores parámetros ser argumentados fáctica, jurídica y probatoriamente por el solicitante de manera suficiente en la audiencia preliminar de solicitud de prórroga de la medida de aseguramiento, ya que es un acto de parte, esencia del sistema de nuestro sistema de corte acusatorio y por tanto, el Administrador de Justicia en lo Penal no puede suplir esta necesidad.

4. Juicio de suficiencia de la medida privativa. En armonía con el parágrafo 2° del mismo artículo 307, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse, y por extensión prorrogarse, cuando quien las solicita pruebe ante el Juez de Control de Garantías que las medidas menos gravosas (las no privativas de la libertad) resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.

C. Presupuestos procedimentales

1. Legitimación para elevar la solicitud. El legislador facultó únicamente a la Fiscalía y al apoderado de las víctimas

para solicitar la prórroga de la medida de aseguramiento.

2. Oportunidad de la solicitud. La prórroga del término máximo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad debe solicitarse ante el Juez con Funciones de Control de Garantías, antes de su fenecimiento, incluso se señaló por el legislador que a la vigencia de la ley 1786 de 2016, podría solicitarse dentro de los dos (2) meses anteriores a su vencimiento, conforme lo señalado por el artículo 3° de la referida disposición.

3. Límite de la prórroga. El término podrá prorrogarse, hasta por el mismo término inicial señalado, esto es, si la medida se impuso por un año, la prórroga no puede exceder de un año adicional, para un máximo total de dos años.

4. Descuento de tiempos por maniobras dilatorias. Los Jueces con Funciones de Control de Garantías deben considerar el tiempo que haya transcurrido por causa de maniobras dilatorias atribuibles a la actividad procesal del imputado o su defensor, caso en el cual dicho tiempo no se contabilizará o se restará al término máximo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, configurando lo anterior un mecanismo de corrección procesal en favor de la eficacia del sistema y castigando las malas prácticas que buscan evitar el avance del proceso. Lo anterior demuestra que el conteo no solo es numérico por el límite temporal, sino que las maniobras dilatorias pueden extender el tiempo en detención.

5. Competencia del Juez con Funciones de Control de Garantías.

La prórroga debe decidirse en audiencia preliminar ante el Juez con Funciones de Control de Garantías, sin que se exija que sea el mismo que en su momento la impuso.

III. Consecuencia jurídica del vencimiento del término de la medida de aseguramiento sin haberse solicitado su prórroga

Vencido el término de la medida de aseguramiento, el Juez con Funciones de Control de Garantías a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima, podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, debiéndose dejar claro, que esta sustitución no equivale a la libertad por vencimiento de términos de que trata el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, sino que si bien el procesado estará en libertad, continuará en ese estado pero cobijado con una medida de aseguramiento no privativa de la libertad que le exige y demanda el cumplimiento de unas obligaciones de hacer y/o de no hacer.

IV. Diferencias entre la solicitud de medida de aseguramiento de detención preventiva y de la prórroga de la medida de aseguramiento

La solicitud de imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva y la solicitud de prórroga de esa misma medida, son figuras jurídico-procesales estructuralmente distintas en cuanto a su objeto, fundamento, oportunidad, legitimación, presupuestos y efectos. La diferencia no es meramente formal, pues responde a que una es constitutiva de la restricción (crea la privación de libertad),

mientras que la otra es una prolongación excepcional de una restricción ya existente y en vía de extinguirse por el paso del tiempo.

Ambas figuras (la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y su prórroga), deben leerse bajo la premisa de que son excepciones al derecho constitucional de la Libertad, lo que implica que cada una exige justificación autónoma, suficiente y actualizada. Dicho de manera diferente, cuando el fiscal solicita la prórroga de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, no puede limitarse a presentar los mismos argumentos que se tuvieron en cuenta al momento de solicitar su imposición, ya que, por su carácter excepcional y transitorio, en la solicitud de la prórroga de la medida debe evaluarse si los argumentos que originaron la medida siguen exactamente igual o han variado para verificar su pérdida de necesidad o por el contrario para reforzarla.

En cuanto a la oportunidad procesal para solicitarlas, la imposición puede solicitarse en cualquier momento de la actuación, desde la audiencia de formulación de imputación en adelante (artículos 154 numeral 4º y 306 Ley 906/2004), siempre que concurren los requisitos del artículo 308. La prórroga, en cambio, tiene una oportunidad precisa y perentoria, pues debe solicitarse ante el Juez con Funciones de Control de Garantías antes de su vencimiento. Esta ventana temporal es de carácter preclusivo, ya que, si el fiscal o el apoderado de víctimas no la solicita dentro de ese lapso y antes del vencimiento del año, la medida expira y solo queda la sustitución por una medida no privativa de la libertad.

En torno al objeto y naturaleza de las solicitudes, el objeto de la imposición de medida es crear la medida cautelar y su naturaleza constitutiva, mientras que en la prórroga su objeto es mantener la vigencia de la medida antes de su vencimiento y es de naturaleza de continuidad cautelar. Igualmente, el fundamento jurídico de la imposición de medida se encuentra especialmente en los artículos 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312 y 313 Ley 906 de 2004. Igualmente, artículo 250 numeral 1° de la Constitución Política. Mientras que el fundamento jurídico de la prórroga lo encontramos en el Parágrafo 1° del artículo 307 de la Ley 906 de 2004 (adicionado por artículo 1° de la Ley 1786 de 2016) y artículo 3° de la Ley 1786 de 2016. Igualmente, artículos 7.5 y 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Plazo Razonable). Frente a la legitimación por activa, vemos que la medida de aseguramiento puede ser solicitada por el Fiscal (artículo 306 CPP), y la víctima o su apoderado bajo los condicionamientos fijados por la Corte Constitucional (C-278 de 2005, que reiteró la C-209 de 2007), mientras que en el caso de la prórroga esta puede ser solicitada exclusivamente por el Fiscal o el apoderado de la víctima (artículo 307 parágrafo 1°).

Ahora bien, en cuanto al estándar probatorio de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y la prórroga encontramos que frente a la imposición de la medida de aseguramiento se requiere tan solo la inferencia razonable (artículos 296 y 308) sobre hechos originales o sobrevinientes, siendo suficiente demostrar que los elementos materiales probatorios sustentan la hipótesis delictiva, mientras

que en la prórroga se exige la subsistencia actualizada y concreta de los fines cautelares del artículo 308, sin que baste la simple remisión a los argumentos iniciales, donde ya no es suficiente la gravedad del delito o la naturaleza del proceso, pues la Fiscalía debe ofrecer argumentación específica sobre por qué la libertad sigue siendo en la actualidad un riesgo concreto y no caben medidas menos gravosas o invasivas.

Finalmente, en cuanto al rol del Juez con Funciones de Control de Garantías en estas audiencias preliminares, es claro que, frente a la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, actúa como controlador de legalidad material, verificando que los presupuestos del artículo 308 estén cumplidos y que la medida sea proporcional y puede bajo determinadas circunstancias suplir argumentativamente algunas falencias menores de la solicitud, mientras que en tratándose de la solicitud de prórroga de la medida de aseguramiento, actúa como garante del plazo razonable, verificando tanto los presupuestos del artículo 308 como la concurrencia del supuesto objetivo y la existencia de maniobras dilatorias descontables, no pudiendo bajo ninguna circunstancia, suplir la carga argumentativa de la Fiscalía en materia de subsistencia de los fines cautelares.

V. Conclusiones

Como queda visto, la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad es la decisión que, por primera vez, restringe durante el transcurso del proceso el derecho a la libertad en torno a la necesidad cautelar de proteger ciertos

bienes jurídicos del Estado, la Sociedad y/o de los individuos, mientras que su prórroga es la excepción al vencimiento del término de la medida ya existente, cuya procedencia está condicionada al cumplimiento de los presupuestos antes vistos que justifican de manera excepcional privar de libertad a una persona más allá del plazo razonable ordinario general de un año que el legislador consideró suficiente para la generalidad de los procesos.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta la evolución y desarrollo jurisprudencial que ha tenido la medida de aseguramiento y la prórroga por parte

de la Corte Constitucional¹ y la Corte Suprema de Justicia², encontramos que en la actualidad el solicitante de la prórroga de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no puede justificar su petición sobre la base de la calificación jurídica o gravedad del delito, sino que debe ofrecer **SUSTENTACIÓN FÁCTICA, JURÍDICA Y PROBATORIA CONCRETA, ACTUALIZADA y SUFICIENTE** de la subsistencia de los requisitos antes vistos, sin que el Juez con Funciones de Control de Garantías pueda suplir esa carga argumentativa de oficio, so pena de vulnerar el principio acusatorio y el debido proceso cautelar.

¹ Corte Constitucional, entre otras sentencias la C-234 de 2016; C- 249 de 2016; C-221 de 2017 y SU-122 de 2022.

² Corte Suprema de Justicia entre otras decisiones la AP4711 de 2017 (Rad.49.734); AP50861 de 2017 (Rad.50.861); STP16906 de 2017 (Rad.94.564); STP7721 de 2019; STP16280 de 2019; AEP00110 de 2021 (Rad.51.087).

NEURODIVERSIDAD Y SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES: LA NECESIDAD DE UN ABORDAJE DIFERENCIAL EN EL SRPA

*Adriana María Tobar Cerón**

Resumen:

El presente artículo analiza los desafíos institucionales en torno al reconocimiento de las condiciones asociadas a la neurodiversidad dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), tomando como punto de referencia la realidad observada en la ciudad de Santiago de Cali. A partir de la complejidad que supone la falta de un abordaje diferencial temprano, se examina cómo el sistema tiende a estructurar respuestas predominantemente sancionatorias que postergan las necesidades terapéuticas y restaurativas de los jóvenes. Mediante el estudio de caso de «Pedro» — un adolescente con diagnóstico de síndrome de Asperger, condición inscrita dentro del Trastorno del Espectro Autista (TEA) — cuyo proceso se complejizó ante la ausencia de una identificación oportuna de su situación, se ilustra el impacto crítico de la interrupción de tratamientos en la regulación conductual. Finalmente, se sostiene que la implementación de protocolos de detección temprana y la capacitación especializada de los operadores judiciales son indispensables para consolidar una justicia juvenil verdaderamente pedagógica, protectora y restaurativa.

Palabras clave: Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), neurodiversidad, enfoque diferencial, síndrome de Asperger, Trastorno del Espectro Autista (TEA), justicia restaurativa, principio de oportunidad.

Introducción

El presente artículo tiene como propósito visibilizar una problemática que viene adquiriendo especial relevancia dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) en la

ciudad de Santiago de Cali: el incremento de adolescentes que ingresan al sistema penal juvenil presentando condiciones asociadas a la neurodiversidad¹ o trastornos del neurodesarrollo, las cuales, en múltiples ocasiones, no son identificadas

* Juez Quinta Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali.

¹ La neurodiversidad es un término que describe la variabilidad natural en el cerebro humano, considerando las diferencias neurológicas como parte de la diversidad humana. Se refiere a la idea de que el cerebro y el

ni comprendidas oportunamente por las autoridades y actores institucionales que intervienen en el proceso.²

La problemática central radica en el insuficiente reconocimiento institucional de estas condiciones por parte de los diferentes operadores del sistema, incluyendo la Fiscalía General de la Nación, la Judicatura, la Defensoría Pública, las Defensorías de Familia y los equipos interdisciplinarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Esta falta de comprensión impide la realización de un abordaje diferencial e interdisciplinario desde las etapas iniciales del proceso penal, generando respuestas predominantemente sancionatorias, en detrimento de las necesidades terapéuticas, médicas, familiares y restaurativas que requieren estos adolescentes. En consecuencia, muchos jóvenes con condiciones neurodivergentes terminan siendo tratados bajo parámetros estandarizados dentro del sistema penal juvenil, sin que se valore adecuadamente el impacto que dichas condiciones pueden tener en su conducta, en su capacidad de regulación emocional y en la manera como enfrentan situaciones de crisis. Ello puede conducir a que se vean involucrados en conductas delictivas no necesariamente

por una voluntad deliberada de delinquir, sino como consecuencia de la falta de tratamiento y de un abordaje terapéutico adecuado de su condición. Así las cosas, surge el siguiente interrogante: ¿está el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes respondiendo de manera adecuada a los casos en los que los adolescentes presentan condiciones de neurodivergencia? A partir de este interrogante, se sostiene como tesis que el SRPA debe incorporar un enfoque diferencial obligatorio frente a adolescentes con condiciones de neurodivergencia, mediante la identificación temprana, evaluación interdisciplinaria y ajuste de las respuestas judiciales.

Neurodiversidad y responsabilidad penal adolescente: una aproximación conceptual

El reconocimiento de la neurodiversidad implica comprender que existen variaciones naturales en el funcionamiento neurológico humano que inciden en la forma en que las personas perciben, procesan y responden a su entorno. En el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, estas condiciones pueden incidir directamente en su capacidad de regulación emocional, en la comprensión de normas sociales

127

comportamiento humano no siguen una sola forma «normal» o «típica», sino que existe una amplia gama de formas de pensar, sentir y comportarse. Dentro de este marco, los términos como autismo, TDAH, dislexia, y otras condiciones neurológicas, se entienden no como «trastornos» en un sentido negativo, sino como variaciones naturales y legítimas de la experiencia humana. Gobierno de La Rioja. (s.f.). Introducción a la neurodiversidad [PDF]. <https://www.legislaturalarioja.gob.ar/documentos/capacitaciones/tdah-y-tnd/Introduccion-a-la-Neurodiversidad.pdf>

² Dentro de estas condiciones se encuentran el Trastorno del Espectro Autista (TEA nivel 1), el Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH), los trastornos de ansiedad, los trastornos depresivos, los trastornos del control de impulsos, el trastorno negativista desafiante y otras alteraciones que pueden impactar significativamente la regulación emocional, la adaptación social, la comprensión normativa y las respuestas conductuales frente a situaciones de tensión o conflicto.

y jurídicas y en la manera de enfrentar situaciones de conflicto. Desde una perspectiva jurídica, este reconocimiento no implica la exclusión automática de la responsabilidad penal, sino la necesidad de ajustar la respuesta institucional a las particularidades del sujeto, conforme a los principios de interés superior del menor, proporcionalidad e intervención mínima que orientan el SRPA. En consecuencia, el enfoque diferencial se erige como una exigencia constitucional y legal para garantizar decisiones más justas, proporcionales y acordes con la finalidad pedagógica y restaurativa del sistema.

Desarrollo: el caso de «Pedro»

Para ilustrar esta problemática resulta pertinente exponer el caso de un adolescente, a quien por razones de confidencialidad se denominará «Pedro», de 16 años de edad, quien se vio involucrado en una situación de violencia intrafamiliar dirigida contra su tía materna. Según lo establecido dentro del proceso, el adolescente incurrió en actos de agresión verbal y física, profirió insultos, ocasionó daños materiales dentro de la vivienda y emitió expresiones amenazantes. Como consecuencia de ello, la Fiscalía General de la Nación solicitó la expedición de una orden de captura, la cual fue avalada judicialmente, disponiéndose posteriormente medida de internamiento

preventivo y su remisión a un Centro de Atención Especializada (CAE).

No obstante, con posterioridad se logró establecer que Pedro había sido diagnosticado desde su infancia con síndrome de Asperger³ —denominación utilizada previamente para referirse a una condición actualmente incorporada dentro del Trastorno del Espectro Autista (TEA)— circunstancia que no fue informada inicialmente a las autoridades que intervinieron en el caso. La ausencia de dicha información, sumada al desconocimiento que la propia familia tenía acerca de la condición neurodivergente del adolescente y de la importancia de su adecuado manejo terapéutico, incidió de manera determinante en el deterioro progresivo de su regulación emocional y comportamental. Aunque Pedro contaba con diagnósticos previos, su núcleo familiar no dimensionaba plenamente la trascendencia clínica y funcional de esta condición, en parte porque físicamente el adolescente no presentaba características externas que permitieran advertir fácilmente su situación.⁴

Ese desconocimiento también condujo a que la familia suspendiera progresivamente los tratamientos especializados ordenados por los profesionales tratantes. En consecuencia, Pedro dejó de asistir a

³ El síndrome de Asperger es un trastorno del neurodesarrollo que se engloba dentro de los trastornos del espectro autista. Se caracteriza por presentar dificultades sociales, intereses restrictivos y conductas desafiantes. Estos síntomas dificultan que los pacientes tengan una vida social normalizada y eso también tiene incidencia en el ámbito familiar. Hospital Universitario Vall d'Hebron. (2026). Síndrome de Asperger. <https://hospital.vallhebron.com/es/asistencia/enfermedades/sindrome-de-asperger>

⁴ Precisamente, una de las mayores dificultades en este tipo de casos radica en que muchos adolescentes neurodivergentes tienen una apariencia completamente habitual, lo que lleva a que sus conductas sean interpretadas únicamente como rebeldía, grosería o violencia deliberada, sin advertir que pueden estar asociadas a alteraciones del neurodesarrollo y a la ausencia de un tratamiento integral adecuado.

controles médicos, interrumpió terapias psicológicas y ocupacionales, y abandonó el manejo farmacológico destinado a favorecer su regulación emocional y conductual, afectando sus herramientas de autocontrol. A ello, se sumó el desconocimiento institucional frente a este tipo de condiciones. Ni la Fiscalía, ni los defensores públicos, la Defensoría de Familia, los equipos interdisciplinarios del ICBF ni las autoridades judiciales advirtieron oportunamente la situación clínica del adolescente. Como consecuencia, Pedro fue tratado como un adolescente más dentro del SRPA y remitido a un Centro de Atención Especializada (CAE) que tampoco contaba con herramientas suficientes para atender adecuadamente su condición. Lejos de favorecer su estabilización emocional, el internamiento y la falta de atención terapéutica y farmacológica oportuna generaron episodios de desregulación emocional y comportamientos agresivos hacia algunos de sus compañeros. Aunque los hechos no tuvieron consecuencias de mayor gravedad, sí evidenciaron el riesgo de que el adolescente incurriera en nuevas conductas punibles como consecuencia de la falta de comprensión institucional de su condición y de la ausencia de un abordaje integral e interdisciplinario. Además, el internamiento preventivo interrumpió su proceso educativo y afectó significativamente su estabilidad emocional y familiar. Solo en una etapa posterior del proceso fue posible identificar

plenamente la situación neurodivergente del adolescente y comprender el impacto que la interrupción de sus tratamientos tuvo en los hechos investigados, lo que permitió adoptar un enfoque diferencial acorde con sus necesidades y revocar la medida privativa de la libertad.

Posteriormente, el caso culminó mediante la aplicación del principio de oportunidad,⁵ figura jurídica a través de la cual la Fiscalía General de la Nación solicitó la renuncia a la persecución penal en contra de Pedro, permitiendo así la finalización del proceso bajo un enfoque restaurativo y diferencial. Esta solución jurídica favoreció no solo la comprensión institucional de la situación clínica y psicosocial del adolescente, sino también la reconstrucción de su entorno familiar. Tanto la progenitora como la víctima lograron comprender que las conductas desplegadas por Pedro no obedecían exclusivamente a una voluntad deliberada de violencia, sino también a una condición de salud insuficientemente comprendida y tratada, agravada por la ausencia de acompañamiento terapéutico y farmacológico adecuado. Gracias a ello, fue posible restablecer dinámicas familiares, sensibilizar a su entorno respecto de la importancia de la continuidad terapéutica y permitir que el adolescente retomara su proyecto de vida, incluido su proceso educativo, el cual había sido abruptamente interrumpido como consecuencia del manejo inicial inadecuado de su situación.

⁵ En este contexto, el ordenamiento jurídico colombiano prevé el principio de oportunidad como una facultad de la Fiscalía para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones de política criminal (artículo 323 de la Ley 906 de 2004), el cual, tratándose de adolescentes, adquiere el carácter de principio rector del sistema de responsabilidad penal, orientado a fines pedagógicos, restaurativos y de resolución (artículo 174 de la Ley 1098 de 2006).

Conclusiones y propuestas

El análisis del caso expuesto permite concluir que uno de los principales desafíos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes no radica únicamente en el incremento de adolescentes con condiciones asociadas a la neurodiversidad, sino en la insuficiente preparación institucional para identificarlas y abordarlas de manera oportuna y adecuada. En este sentido, resulta necesario recordar que el SRPA, conforme a la Ley 1098 de 2006⁶, fue concebido como un sistema de naturaleza pedagógica, protectora y restaurativa, en el cual la privación de la libertad constituye una medida excepcional y subsidiaria. De igual forma, la jurisprudencia constitucional⁷ y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁸ ha reiterado que las decisiones frente a adolescentes deben responder al principio de interés superior del menor y a la valoración integral de sus condiciones personales, familiares, sociales

y psicológicas. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de la neurodivergencia no implica la exclusión de la responsabilidad penal ni el desconocimiento de los derechos de las víctimas, sino la necesidad de garantizar respuestas institucionales acordes con la realidad del adolescente. En consecuencia, se propone; la implementación de protocolos de detección temprana de condiciones asociadas a la neurodiversidad en las etapas iniciales del proceso penal, la realización de valoraciones interdisciplinarias obligatorias en casos que presenten indicadores de posible afectación del neurodesarrollo, y el fortalecimiento de la capacitación especializada de los operadores del sistema en materia de salud mental y enfoque diferencial.

La incorporación de estas medidas permitiría avanzar hacia una justicia juvenil más humana, eficiente y coherente con los fines constitucionales del SRPA.

⁶ Artículo 140, Ley 1098 de 2006

⁷ Sentencia C-281 de 2023, Corte Constitucional.

⁸ En los radicados 50313, 50360, 53864, 52144 y 57878, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia refirió que, al momento de imponer una sanción a un adolescente, siempre ha de agotarse «un examen objetivo de las circunstancias que gobiernan el delito y la condición particular del adolescente», a fin de definir si el mencionado tratamiento en centro de atención especializado consulta adecuadamente o no sus necesidades.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DEBIDO PROCESO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (COLOMBIA)

*Luis Ángel Paz**

Resumen:

Se examina el uso de inteligencia artificial en el proceso civil colombiano y su relación con el debido proceso. Se establece que la IA puede emplearse en tareas instrumentales bajo estricta supervisión humana, pero no en funciones jurisdiccionales esenciales como valoración probatoria, interpretación o decisión. Se destacan principios rectores como transparencia, responsabilidad, privacidad y no sustitución de la racionalidad humana. Asimismo, se proponen reglas, límites operativos y un protocolo de uso que garantice trazabilidad y control, asegurando que la tecnología fortalezca —y no debilite— las garantías procesales.

Palabras clave: inteligencia artificial, debido proceso, control humano, transparencia, función jurisdiccional, protección de datos.

131

1. Introducción

La incorporación de tecnologías de IA, especialmente de IA generativa basada en modelos de lenguaje, está modificando la manera en que se producen, organizan y consultan textos en el ámbito jurídico. En los despachos judiciales, la promesa de eficiencia —por ejemplo, en tareas de clasificación documental, transcripción o corrección de estilo— convive con riesgos relevantes para derechos fundamentales. El debido proceso, como garantía aplicable a toda actuación judicial y administrativa, exige que las decisiones se adopten con observancia de las formas propias de cada juicio y bajo un estándar de motivación,

contradicción y control que no puede diluirse por automatismos tecnológicos.

En consecuencia, resulta necesario delimitar con claridad qué puede y qué no puede apoyarse en sistemas de IA. El criterio rector es el de no sustitución de la racionalidad humana en tareas jurisdiccionales indelegables: interpretar hechos, valorar pruebas, motivar y adoptar decisiones. Bajo ese criterio, la IA puede emplearse razonada y ponderadamente en labores instrumentales, siempre con verificación humana, deber de transparencia y salvaguardas de privacidad. Este artículo desarrolla esa delimitación y propone reglas prácticas de implementación.

* Juez Civil Municipal de Yumbo, Valle del Cauca.

2. Marco normativo y garantías relevantes

El punto de partida es la garantía constitucional del debido proceso, aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En el ámbito procesal civil, el CGP refuerza esta garantía al reconocer el derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva con sujeción a un debido proceso de duración razonable y al exigir diligencia en el cumplimiento de términos. Asimismo, el CGP estructura deberes del juez orientados a dirigir el proceso, hacer efectiva la igualdad real de las partes, prevenir conductas contrarias a la dignidad de la justicia y motivar las providencias, salvo excepciones expresas.

Desde el plano institucional, el Acuerdo PCSJA24-12243 del Consejo Superior de la Judicatura, adopta lineamientos para un uso respetuoso, responsable, seguro y ético de la IA en la Rama Judicial. Entre sus fundamentos se destaca que las herramientas generativas de uso general pueden entrañar riesgos de opacidad, exposición de datos personales o información confidencial, así como la producción de respuestas con errores, imprecisiones o sesgos discriminatorios, lo que puede derivar en vulneraciones de garantías. Por ello, se insiste en la supervisión humana y en la atribución de responsabilidad al servidor judicial que utiliza estas herramientas.

Adicionalmente, la protección de datos personales opera como límite y condición de posibilidad del uso de IA en contextos judiciales. La Ley Estatutaria 1581 de 2012 desarrolla el derecho constitucional al habeas data y fija un marco general aplicable al tratamiento de datos por

entidades públicas y privadas. Este marco refuerza la exigencia de «privacidad por diseño» cuando se interactúa con plataformas abiertas o no institucionales, particularmente si existe riesgo de transferencia de datos a terceros.

3. Principios rectores para la utilización de IA en el despacho judicial

Los lineamientos institucionales sistematizados en el documento base destacan, como presupuestos mínimos, los principios de: (i) transparencia, (ii) responsabilidad, (iii) privacidad, y (iv) no sustitución de la racionalidad humana. Se complementan con criterios de seriedad y verificación, prevención de riesgos, igualdad y equidad, control humano, regulación ética, adecuación a buenas prácticas, seguimiento continuo e idoneidad. Esta constelación de principios cumple una doble función: por un lado, define límites materiales (lo que no puede automatizarse); por otro, impone cargas de procedimiento (cómo debe usarse la IA cuando su uso es admisible).

El principio de no sustitución exige reservar al juez el núcleo duro de la función jurisdiccional: interpretar hechos y pruebas, razonar el derecho aplicable y construir la motivación. En paralelo, el principio de transparencia impone trazabilidad: dejar constancia de la herramienta utilizada, la finalidad, la fecha y las partes del texto asistidas. La responsabilidad funcional implica que el producto final se atribuye al servidor judicial, sin excusas tecnológicas. Finalmente, la privacidad obliga a excluir datos personales, sensibles o reservados del «prompt» o de los insumos suministrados, salvo que se trate de entornos institucionales avalados y con salvaguardas suficientes.

4. Usos permitidos y usos prohibidos: delimitación operativa institucional

Una delimitación funcional ayuda a convertir los principios en reglas operativas. El documento base identifica como usos permitidos —siempre bajo supervisión— la redacción asistida de autos de trámite y oficios, la síntesis de jurisprudencia ejecutoriada, la corrección de estilo y lenguaje claro, la transcripción de audiencias y la clasificación u organización de expedientes. En cambio, se consideran prohibidos los usos que recaen sobre el núcleo jurisdiccional: valoración de medios probatorios, establecimiento de los hechos, motivación o adopción de decisiones, interpretación normativa o solución del problema jurídico, así como el ingreso de datos personales o reservados en herramientas abiertas no avaladas.

Esta delimitación dialoga con el CGP. Por ejemplo, el deber del juez de dirigir el proceso y motivar providencias presupone control humano del razonamiento; del mismo modo, la igualdad real de las partes y la prevención de fraude procesal exigen evitar sesgos algorítmicos o errores no detectados. En el plano de los sujetos procesales, el deber de lealtad y buena fe y la obligación de preservar mensajes de datos y evidencias digitales resaltan la necesidad de administrar con cuidado insumos que podrían terminar alimentando sistemas externos sin garantías.

5. Deber de transparencia y trazabilidad

El deber de transparencia, en el contexto del uso de IA, no es un formalismo: es

una condición de control intersubjetivo y de garantía de contradicción. Si una pieza procesal (por ejemplo, un oficio o un auto de trámite) fue asistida por una herramienta de IA, debe poder identificarse la herramienta, el momento y la finalidad del uso, así como el alcance de la asistencia. El documento base propone dejar constancia expresa en el expediente, indicando: (i) nombre de la herramienta y proveedor; (ii) fecha; (iii) finalidad; y (iv) partes del texto asistidas. Esta trazabilidad facilita auditoría, evita opacidad y contribuye a la confianza pública en la administración de justicia.

En clave de publicabilidad académica, la transparencia también exige explicitación metodológica: qué se entiende por IA, qué tipo de herramienta se analizó (generativa, clasificación, OCR, etc.) y cuáles son sus limitaciones. En el ámbito judicial, ese estándar metodológico se traduce en una práctica de «verificación reforzada»: contrastar resultados con fuentes jurídicas y procesales pertinentes, y descartar automáticamente salidas que contengan afirmaciones sin respaldo o que invadan materias de juicio jurisdiccional.

6. Propuesta de protocolo interno (7 etapas) para despachos judiciales

Con base en las mejores prácticas recogidas en el documento base, se propone un protocolo interno de verificación del uso de IA, estructurado en siete etapas. El protocolo está diseñado para que cualquier servidor judicial pueda aplicarlo como lista de chequeo y dejar evidencia de cumplimiento en la actuación correspondiente.

Protocolo interno de verificación del uso de IA

****Etapa 1. Definición de la tarea****

El servidor judicial deberá identificar y dejar claro que la tarea a apoyar con IA es de carácter instrumental, administrativo o auxiliar, y que no compromete la valoración de pruebas, la fijación de hechos ni la motivación o adopción de la decisión judicial.

****Etapa 2. Revisión de insumos****

Se verificará previamente que la información suministrada a la herramienta de IA no contenga datos personales, sensibles, reservados o confidenciales, conforme a la normativa de protección de datos.

****Etapa 3. Ejecución controlada****

El uso de la herramienta de IA deberá realizarse de manera consciente, delimitando claramente la finalidad del uso y evitando instrucciones que simulen decisiones judiciales o razonamientos jurídicos sustantivos.

****Etapa 4. Verificación humana del resultado****

El servidor judicial contrastará el resultado generado por la IA con las fuentes jurídicas, fácticas y procesales pertinentes, verificando su exactitud, coherencia, actualidad y ausencia de sesgos, errores o alucinaciones.

****Etapa 5. Ajuste y corrección****

En caso de advertirse errores, imprecisiones o formulaciones inadecuadas, el contenido deberá ser corregido o descartado. El resultado de la IA no podrá utilizarse de forma automática ni acrítica.

****Etapa 6. Transparencia y trazabilidad****

Se dejará constancia expresa del uso de IA en el expediente o actuación correspondiente, indicando herramienta utilizada, fecha, finalidad y partes del texto asistidas, conforme al Acuerdo PCSJA24-12243 de 2024 o norma que lo complemente o sustituya.

*Tomado del PREZI LA IA Y EL DEBIDO PROCESO EN EL CGP CASO COLOMBIA | Prezi

7. Discusión: IA, prueba y estándares de fiabilidad

Una cuestión particularmente sensible es la pretensión de introducir productos de IA como «prueba» o como soporte directo de la convicción judicial. El documento base advierte que, para invocarse como prueba, debe establecerse con exactitud su pertinencia, conducencia, validez, confiabilidad, objetividad, amplitud y practicabilidad, de manera que los resultados sean precisos, consistentes y útiles para la evaluación del caso. Esta advertencia es coherente con el núcleo del debido proceso: la prueba debe poder ser controvertida y su origen y metodología deben ser transparentes para permitir contradicción efectiva. En sistemas generativos, donde la salida puede variar y su «razonamiento» no es auditable en términos clásicos, el estándar de admisión y valoración debe ser especialmente cuidadoso.

En la práctica, ello sugiere separar: (a) usos de IA para gestión (sin pretensión probatoria), y (b) eventuales herramientas técnicas especializadas

cuyo funcionamiento sea verificable (por ejemplo, reconocimiento óptico de caracteres u ordenación de documentos, bajo control pericial). Incluso en estos casos, la verificación humana y la explicación metodológica son imprescindibles para evitar que la decisión incorpore premisas fácticas no examinadas. El deber de dirección del proceso y de motivación de providencias implica que el juez debe poder explicar por qué considera fiable un insumo técnico y qué peso probatorio le asigna, lo cual no es delegable en una «caja negra».

8. Recomendaciones operativas para despachos (buenas prácticas)

A partir de lo anterior, se recomiendan cinco buenas prácticas: (1) limitar el uso de IA a tareas instrumentales previamente tipificadas; (2) adoptar plantillas de constancia de uso (herramienta, fecha, finalidad, alcance) para asegurar trazabilidad; (3) aplicar una regla de «cero datos sensibles» en herramientas abiertas, salvo entornos institucionales; (4) imponer una revisión humana obligatoria con contraste de fuentes antes de incorporar

cualquier salida al expediente; y (5) capacitar continuamente a servidores judiciales sobre limitaciones, sesgos y riesgos, conforme a la lógica de seguimiento y adaptación.

Estas prácticas son compatibles con la exigencia de economía procesal y con la búsqueda de eficiencia administrativa, pero preservan el núcleo de garantías. Además, facilitan la rendición de cuentas ante eventuales cuestionamientos disciplinarios o de control, al demostrar que el uso de IA estuvo precedido de delimitación, verificación y transparencia. En suma, no se trata de prohibir la IA, sino de integrarla bajo estándares de control humano consistentes con el debido proceso.

9. Conclusiones

La IA puede ser una herramienta útil para mejorar tareas de soporte en la administración de justicia, pero su empleo debe estar estrictamente subordinado al control humano y a la preservación del debido proceso. El criterio de no sustitución de la racionalidad humana delimita un núcleo indelegable: la interpretación de hechos, la valoración probatoria, la motivación y la adopción de decisiones. Para usos permitidos, la transparencia, la trazabilidad, la privacidad y la responsabilidad funcional son cargas mínimas. El protocolo de siete etapas ofrece una ruta verificable para materializar estos principios en el trabajo diario de

los despachos judiciales. En definitiva, la modernización tecnológica solo es legítima si fortalece —y no debilita— las garantías procesales de quienes acuden a la justicia.

Referencias:

- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 29. Secretaría General del Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Consejo Superior de la Judicatura. (2024, 16 de diciembre). Acuerdo PCSJA24-12243: Lineamientos para el uso y aprovechamiento respetuoso, responsable, seguro y ético de la inteligencia artificial en la Rama Judicial. https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=~/_App_Data/Upload/PCSJA24-12243.pdf
- Rama Judicial — Consejo Superior de la Judicatura. (2024, 18 de diciembre). Consejo Superior de la Judicatura expidió lineamientos para el uso responsable y seguro de la IA generativa en la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/-/consejo-superior-de-la-judicatura-expidi%C3%B3-lineamientos-para-el-uso-responsable-y-seguro-de-la-ia-generativa-en-la-rama-judicial>
- Congreso de Colombia. (2012). Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso). Secretaría General del Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Congreso de Colombia. (2012). Ley Estatutaria 1581 de 2012 (Protección de datos personales). Secretaría General del Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html
- LA IA Y EL DEBIDO PROCESO EN EL CGP CASO COLOMBIA | Prezi POR PhD Luis Ángel Paz
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-323-2024, Tribunal Superior de Cali, decisión del 17 de marzo de 2026, Magistrado Ponente Homero Mora Insuasty, Sala Civil.

LA ADAPTACIÓN AL AUDITORIO

*Fernando Esguerra Torres**

Resumen:

Se analiza la teoría de la argumentación de Perelman centrada en la «adhesión al auditorio», entendida como condición previa para persuadir eficazmente. Se destaca la necesidad de adaptar el discurso mediante acuerdos iniciales sobre lenguaje, valores, hechos y condiciones del debate, en un contexto de diálogo racional y respetuoso. La argumentación contemporánea se orienta a generar consenso y probabilidad, más que certeza absoluta, mediante diversas estrategias. Se concluye que conocer al auditorio y ajustar la argumentación incrementa la posibilidad de aceptación y eficacia del discurso, especialmente en escenarios jurídicos.

Palabras clave: argumentación jurídica, auditorio, adhesión, consenso, retórica, persuasión, Perelman

Introducción

El presente ensayo tiene como finalidad dar a conocer la importancia de una de las reglas fundamentales de la teoría de la argumentación¹, denominada «la adhesión al auditorio»; planteada por el filósofo belga, de origen polaco, Chaim Perelman (1912-1984), en su libro «Teoría de la argumentación», escrito en 1948, con la colaboración de la también filósofa belga, Lucie Olbrechts Tyteca. La adaptación al auditorio es un paso previo e indispensable para establecer acuerdos sobre los hechos, valores, principios, lenguaje, formas de comunicación, logística, que acepta

el auditorio antes de dialogar; cuyo desconocimiento o uso inapropiado puede afectar el éxito de los oradores en los diversos auditorios donde intervienen, en particular, los jurídicos

Antecedentes

Perelman retoma de la retórica aristotélica la observación de que todo buen orador busca finalmente la adhesión del auditorio, esto es, que sus razonamientos sean aceptados o aprobados por las personas a quienes va dirigido el discurso, llámese auditorio cualquier interlocutor con el que se dialoga.

* Juez Segundo Penal del Circuito de Cali.

¹ La teoría de la argumentación ha sido definida como «el estudio y la investigación de los conceptos, modelos y criterios relacionados con la identificación, la construcción, el análisis y la evaluación de argumentos» (VEGA, Luis. Compendio de lógica, argumentación y retórica, 3 ed. editorial Trotta, Madrid, España, 2016, pagina 55.)

En la filosofía clásica griega, la discusión sobre cómo lograr la adhesión del auditorio estuvo influenciada por dos grandes escuelas filosóficas: la sofista y la socrática. Para los sofistas, lo relevante era enseñar técnicas oratorias para agradar al público y convencerlo; lo primordial sería preparar a los oradores en técnicas como el empleo de frases grandilocuentes, narrativas emotivas, epítetos, metáforas, entonación de la voz, para mover las fibras de las emociones humanas y lograr así la aprobación del auditorio. Por otro el contrario, para la socrática, lo relevante era que el orador ayudara al auditorio a salir de la ignorancia;² buscaba valores esenciales en el ser humano como el conocimiento de la verdad, hacer el bien, actuar con justicia.

Con el advenimiento de la modernidad, en el siglo XVII, y la aparición de las leyes del método científico, que colocaron el método experimental como el nuevo paradigma para llegar al conocimiento, el discurso del orador retórico y emocional pasó a un segundo plano, frente al sesudo científico que con datos y observaciones exponía lo que debería aceptar o no el auditorio.

La nueva retórica

En la mitad del siglo XX, Perelman hizo la observación de que los temas actuales del mundo contemporáneo no son posibles abordarlos en forma unilateral por algunos de los métodos tradicionales de argumentar (retórico vs dialéctico). En efecto, en muchas ocasiones no basta con exaltar los ánimos y moverles el

corazón a los ciudadanos para obtener su aprobación; tampoco mostrarles cifras, estadísticas y experimentos de lo que está sucediendo o pudiera suceder frente a un fenómeno, ni decir la verdad o actuar con justicia, para que el auditorio adopte tal o cual posición. Después de la Crítica de la Razón Pura de Kant sabemos que no es posible conocer la cosa en sí (noúmeno) sino sus fenómenos; de manera que llegar al conocimiento verdadero de las cosas, su esencia, no es un fin en sí mismo en la epistemología posmoderna.

Consensos y probabilidades

De acuerdo con lo anterior, la teoría argumentativa posmoderna busca que los razonamientos logren obtener el grado de certeza y de probabilidad, lo suficientemente aceptada (obtener consenso) que finalmente terminen por persuadir y convencer al auditorio de que probablemente tal argumento es mejor que otro, y al aceptarlo sirva de guía para las acciones a seguir.³ En verdad, en asuntos de alta complejidad argumentativa es difícil tomar la decisión con un simple silogismo, analogía, argumento de autoridad, una deducción lógica, inferencia, o hipótesis experimental. Por el contrario, son múltiples los razonamientos y estrategias a los cuales debe acudir el orador para que el auditorio adopte una decisión. Pensemos solamente en dos ejemplos deliberativos: ¿cómo influyen las redes sociales en el comportamiento de las personas?, ¿qué políticas implementar frente a la migración mundial?, estos y muchos problemas más no tienen una receta definida.

² Esta discusión fue planteada por Platón, en el Gorgias, en la célebre discusión de Sócrates con los sofistas, donde se expone el método mayéutico.

³ Manuel Atienza, señala que la argumentación jurídica requiere de aquellos razonamientos que finalmente respondan a la pregunta en qué se debe creer, o qué se debe hacer. Lo que se ha denominado recientemente «Teoría de las razones para la acción». Ob. cit. página 335).

La adaptación al auditorio

Desde luego que Perelman, en 1948, cuando escribió su teoría de la argumentación, había vivido los horrores de las dos grandes guerras mundiales, y sabía que el uso indiscriminado de la fuerza, no solo con las armas, sino con la ideología y el pensamiento del que tiene el poder, no podía ser que justificase la validez de un argumento. Entonces, plantea que el escenario de la argumentación es en condiciones de paz y por eso busca escenarios tranquilos, sosegados, donde mejor se comportan los seres humanos, para poder dialogar e interactuar frente a frente para tomar decisiones. Este aspecto lo retoma años después Jürgen Habermas en su «Teoría de la acción comunicativa», cuando atribuye al Derecho la función de ser un articulador o bisagra entre la economía y la política. Una bisagra racional utilizada para contener y mantener unida la sociedad en medio de sus conflictos políticos, sociales y económicos.

De acuerdo con este escenario de paz que se requiere previamente para dialogar, ¿Qué acciones se deben emprender para buscar la adhesión del auditorio en un mundo posmoderno? Sobre este asunto Perelman plantea que para poner en movimiento la máquina argumentativa⁴, se requieren acuerdos previos:

Para que se desarrolle una argumentación, es preciso, en efecto, que le presten

alguna atención aquellos a quienes les está destinada...El desarrollo de la argumentación, así como su punto de partida, implica la aprobación del auditorio...El análisis de la argumentación atañe a lo que se supone admitido por los oyentes».⁵

De acuerdo con lo anterior, el orador debe buscar previamente ACUERDOS sobre tópicos que no rechace el auditorio, esta adaptación requiere que tanto orador como auditorio se pongan de acuerdo sobre unas reglas mínimas en la cual se va a adelantar el debate argumentativo. Las condiciones mínimas para un dialogo constructivo, exige un ambiente reciproco de racionalidad, respeto por el otro, logística apropiada, lenguaje adecuado, buen comportamiento. Igualmente se deben hacer acuerdos sobre hechos y verdades, probabilidades, presunciones, principios, valores y jerarquías, que intervienen como base de la argumentación.

Las reglas de adaptación al auditorio

Perelman encontró que, a pesar de existir diversos escenarios argumentativos, existen reglas similares o comunes que permiten elaborar un cuerpo teórico específico para la argumentación en general, incluida en ella, la jurídica.⁶ En este proceso de adaptación algunas partes tienen mayor dificultad que otras en lograr acuerdos. En materia penal, por ejemplo, las falencias en la enunciación de los hechos jurídicamente relevantes en

⁴ Sobre este criterio de maquinaria argumentativa, otro teórico de la argumentación, Stephen Toulmin, señala que el proceso es como una fábrica, donde ingresan insumos, se cuenta con un respaldo, se dan unas garantías, y finalmente sale un producto, que es la sentencia.

⁵ Perelman, Chaim. Teoría de la argumentación, 8ª reimpresión, editorial Gredos, Madrid, 2023, pág. 53,120

⁶ Manuel Atienza define la argumentación jurídica como aquel razonamiento propio de las ciencias del derecho que se caracteriza «no por establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino el de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión y tendrían como finalidad fundamental persuadir a un auditorio.» (subrayado mío) (ibid. Pag 333)

la imputación, como la falta de claridad en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el uso de un lenguaje ambiguo, la precariedad de las pruebas recaudadas, las calificaciones jurídicas exacerbadas o, por el contrario, complacientes; pueden generar rechazos en las diferentes audiencias judiciales, por violación a principios como el de legalidad o el debido proceso. No atender valores como la dignidad humana al permitir realizar audiencias con presos esposados; exigir la presencia de la víctima en el juicio oral, sin verificar que no haya revictimización; no tener en cuenta las jerarquías de los precedentes judiciales, no aplicar reglas de favorabilidad en delitos de género, muy probablemente causen rechazos para proseguir el debate. En otros aspectos, a veces los recursos logísticos escasean, se dificultan las notificaciones, algunos interlocutores no se presentan a las audiencias, no dialogan, adoptan posiciones unilaterales o de autoridad, o,

no aceptan hechos o pruebas evidentes, creyendo que la estrategia de dilatar es sinónimo de argumentar, cuando en verdad, dilatar es no agotar la fase previa de adaptación al auditorio.

Conclusiones

El acuerdo previo supone conocer al otro, entenderlo y verificar en qué condiciones aceptaría el debate. La importancia de acudir a estos acuerdos previos, el hecho de saber que el auditorio probablemente rechace o no acepte el acuerdo o disposición para entrar a deliberar, da oportunidad al orador para cambiar su estrategia argumentativa y emplear otros tipos de razonamientos más convincentes.

Bibliografía

1. PERELMAN, Chaim. Teoría de la argumentación, 8ª reimpresión, editorial Gredos, Madrid, España, 2023.
2. VEGA, Luis. Compendio de lógica, argumentación y retórica, 3 ed. editorial Trotta, Madrid, España, 2016.

LA DISCRECIONALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

*Reinel Dario Forero Betancourt**

Resumen:

Resumen: El presente artículo analiza el alcance de la redención de pena como derecho fundamental orientado a la resocialización, a partir de la modificación introducida por el artículo 19 de la Ley 2466 de 2025. Con ese propósito, se examinan los fundamentos constitucionales y legales de la ejecución de la pena, el papel del juez de ejecución desde la perspectiva del neoconstitucionalismo y el activismo judicial, así como la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la aplicación de la nueva fórmula de redención por trabajo y su posible extensión a las actividades de estudio y enseñanza, identificando los principales debates interpretativos derivados de la reforma.

Palabras clave: Ejecución de la pena, redención, neoconstitucionalismo, activismo judicial.

Más allá de la sentencia condenatoria

La presente disertación presenta la etapa más importante del derecho mismo, como es la ejecución, en todas las ramas y disciplinas del derecho, esto es, laboral, civil o penal, entre otras, la mayor relevancia y su razón de ser es la efectivización del derecho, que se puede concretar y exigir, incluso desde los medios coercitivos que ofrece el Estado.

En materia punitiva la Ejecución Penal, Es una disciplina que se configura como una prolongación tanto del Derecho penal sustantivo como del Derecho procesal penal, proyectándose sobre la realidad

concreta de las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción penal (Zaffaroni, 1988).

En este ámbito resulta plenamente exigible la garantía efectiva que emana del principio de legalidad, de manera que toda actuación vinculada a la ejecución de las sanciones penales debe ajustarse estrictamente al ordenamiento jurídico y al respeto de los derechos. (Paz, 2016).

Su objeto de estudio comprende, por una parte, el análisis del cumplimiento de las penas y de las medidas de seguridad, así como de las funciones que estas respuestas punitivas desempeñan en la práctica. Por otra

* Asistente jurídico del Juzgado 10 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, con 20 años de experiencia en la Rama Judicial Cali – Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad San Buenaventura, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, Especialista en Derecho Penal y Argumentación Jurídica. Integra lista de elegibles para el cargo de Fiscal Local. Correo: rforerobe@cendoj.ramajudicial.gov.co

parte, abarca el examen de los mecanismos y alternativas orientados a la superación o sustitución de dichas respuestas, de conformidad con las exigencias y valores propios del Estado social y democrático de derecho, especialmente en lo que respecta a la reinserción social, la dignidad humana y la protección efectiva de los derechos fundamentales. (Rivera Beiras, 2016, pág. 388).

Este apéndice del derecho penal que se está presentando, es la fase jurídico-social del derecho penal, se están ejecutando una sanción en contra de seres humanos y se le otorga al juez amplias facultades oficiosas para propugne por la resocialización del infractor de la ley punitiva.

Neoconstitucionalismo en derecho penal. Gustavo Zagrebelsky sostiene que el Estado constitucional desplazó el modelo en el que la ley era la única fuente del derecho, otorgando a la Constitución un papel central como parámetro para la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. En este contexto, el juez deja de ser un mero aplicador de la ley y asume la función de interpretar los principios constitucionales de justicia, libertad y equidad para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos, incluso mediante una interpretación amplia cuando ello resulte necesario. (Zagrebelsky, 1995).

Los administradores de justicia se legitiman mediante la ley, la cual establece reglas claras. Sin embargo, cuando surgen ambigüedades en la normativa, la jurisprudencia entra en juego para garantizar la seguridad jurídica. Es la jurisprudencia la encargada de resolver estos conflictos y otorgar mayor peso a los argumentos presentados por el juez de instancia. (Guastini, 1996)

La subsunción en el derecho penal es una forma de silogismo que está integrado por dos premisas y una conclusión. El desarrollo es muy sencillo: la premisa mayor es la norma, la premisa menor es el hecho que cometió el sujeto y la conclusión es la pena descrita en la ley que establece la sanción que se debe aplicar. La operación lógica que consiste en determinar que un hecho jurídico reproduce la hipótesis contenida en una norma general y en materia penal resulta en adecuar el delito descrito en la ley al hecho que se cometió.

Sin embargo, todo derecho positivo posee una estructura abierta: *open texture* (Alexy, 1994). Alexy considera la regla de proporcionalidad como aquella que dicta que el sacrificio de un principio debe realizarse de manera proporcional a la garantía del otro. No se debe sacrificar un principio de manera ilimitada en beneficio limitado de otro. En el epílogo de la teoría de los derechos fundamentales, el jurista alemán destaca la regla de la proporcionalidad como uno de los elementos esenciales para llevar a cabo una ponderación respetuosa del equilibrio en la ponderación. (Alexy, 2008).

Del mismo modo, la especificidad de la interpretación constitucional también se presenta con base al sujeto dependiendo de la estructura del ordenamiento político de cada país (Guastini, 2013). En Colombia existe un juez constitucional concentrado (la corte constitucional) y difuso (los demás jueces) que debe identificar la interpretación de la ley respecto de la constitución. Esta facultad se la confirió el propio ordenamiento constitucional, además la Corte Suprema de justicia también tiene como deber la interpretación normativa en aras de unificar criterios y brindar seguridad jurídica.

Activismo judicial en la ejecución de la pena

Herbert Hart al abordar el concepto del derecho en su obra (Capítulos 5 y 6), señala un problema fundamental. A pesar de que el sistema jurídico es una compleja amalgama de reglas primarias y secundarias, existe una «zona de penumbra» que no puede resolverse de manera precisa mediante las reglas. El autor se detiene a explorar la relación entre el lenguaje y el derecho. Aunque las reglas generales proporcionan una descripción verbal clara que permite a las personas entender qué está permitido y qué no, surgen complicaciones. Este problema, identificado por autores como Robert Alexy o Gustavo Zagrebelsky, se origina en la construcción del derecho a partir del lenguaje humano y tiene limitaciones evidentes (Vigo, 2017). En situaciones donde el mandato no es claro, una regla jurídica puede no ser suficiente o específica, lo que dificulta determinar qué acciones son permitidas. Además, la variedad y ambigüedad en el lenguaje pueden generar falta de claridad en el alcance de ciertas disposiciones jurídicas o en la aplicabilidad de ciertas reglas a diferentes situaciones que no son equivalentes (Hart, 1963).

Entonces, la discrecionalidad del juez presenta dos facetas: una positiva y aceptable, y otra negativa y censurable. La primera se relaciona simplemente con la interpretación que el juez hace de la ambigüedad del lenguaje en el sistema de reglas. No obstante, la segunda es arbitraria y caprichosa. Es crucial considerar tres aspectos en las decisiones judiciales: en el primero, es evidente que, en principio, las pautas o reglas establecidas para cada caso deben aplicarse; aunque existen

situaciones en las que la norma inicial no resuelve completamente la disputa, estas son excepciones. Cuando existe una regla establecida que aborda la controversia, el juez está obligado a aplicarla, ya que negar la evidencia clara sería arbitrario. En el segundo aspecto, si el juez basa su decisión en razones no jurídicas, como «*interés personal, afán de lucro, búsqueda de notoriedad, miedo, prejuicios sociales o ideológicos*», se considera un comportamiento inapropiado. En el tercer aspecto, si el administrador de justicia se aparta de los requisitos funcionales del sistema judicial y emite un fallo motivado por creencias religiosas o revelaciones divinas, estaría careciendo de la debida fundamentación en su decisión (García Amado, 2006).

Está claro que la materia prima del derecho son las normas y el principio de legalidad preside toda la fase de la ejecución de la pena; sin embargo, en esta etapa, de la sanción penal, también existen normas carentes de un significado textual y es en ese espacio ambiguo o confuso que entra a operar el neoconstitucionalismo.

El problema nodal sería que, existe una parte dominante y poderosa -el juez-, contra una parte débil o desvalida -el condenado-. Entonces, desde el modelo interpretación que propone García Amado, le entrega varios vórtices o posibilidades de interpretación que aparejada o introducidas a la función del juez de vigilancia penitenciaria pero el principal sería, la interpretación lingüística o sintáctica si el recluso tiene el derecho y este está consagrado en la ley, pues debe aplicarlo, en la redención de la pena por trabajo, enseñanza o estudio, la pena cumplida o el sustituto de la prisión domiciliaria, no debe ir más allá, de la

literalidad de la norma, esto le entrega una reglas claras a la población reclusa y al juez de vigilancia penitenciaria. (García Amado, 2004)

El derecho de la redención – la práctica conclusiva

La sentencia T-470 de 1996, la Corte Constitucional explicó que:

La justicia de ejecución de penas y medidas de seguridad tiene la labor de vigilar que la pena cumpla su función resocializadora, así como que los derechos y garantías a que tienen derecho los condenados y, en especial, las redenciones de pena por trabajo, estudio y enseñanza, y los consecuentes permisos a los que virtualmente son acreedores, sean una realidad efectiva.

Explicando así que una de las funciones del Juez de Ejecución de Penas es informar de **oficio** cual es la mayor rebaja o beneficio al que puede acceder el recluso que le vigila la pena (Corte Constitucional, 1996).

Por esta razón se puede colegir que la pena absoluta¹, por lo menos en Colombia aún se presenta, para ciertos delitos apartados de la progresividad penitenciaria y salvo las redenciones por estudio, trabajo o enseñanza dentro del penal, no se les puede otorgar por parte del administrador de justicia ningún beneficio judicial, ni administrativo. Sin embargo, en esa misma sentencia la Corte Constitucional presentó la redención de la pena como un derecho y no como un beneficio (Corte Constitucional, 2010).

Aspecto que no está en discusión porque, el Artículo 103A adicionado por el artículo 64 de la Ley 1709 de 2014 establece de manera taxativa que **la redención de pena es un derecho**, al existir claridad normativa no hay que recurrir a la interpretación jurisprudencial.

En claro lo anterior el art. 82 del código penitenciario y carcelario establece «A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo»

Por su parte el art. 97 del mismo estatuto autoriza 6 horas de estudio diarias y por cada dos días de estudio se redime un día de prisión, por último, el art. 98 la enseñanza se autoriza en cantidad 4 horas diarias.

Ahora bien, la Ley 2466 de 2005 «*Por medio de la cual se modifica parcialmente normas laborales y se adopta una **Reforma Laboral** para el trabajo decente y digno en Colombia*» en su artículo 19 indicó que «Se concederá la redención de pena por **trabajo** a las personas privadas de la libertad y se les abonará dos días de reclusión por tres días de **trabajo**».

Inicialmente la Sala de Casación penal, Sala de decisión de tutela No. 3 M.P. GERSON CHAVERRA CASTRO STP21832-2025, Radicación N° 150958 del 11 de diciembre de 2025 y la Sala de decisión de tutela No. 1 M.P. FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS STP4627-2026, Radicación N° 153368 17 de marzo de 2026.

Revelaron que la modificación introducida por la Ley 2466 de 2025 se circunscribió

¹ Es cuando el delito por el que se condenó está excluido de beneficios administrativos y judiciales.

exclusivamente a la redención de pena por trabajo, sin alterar el régimen jurídico aplicable a las redenciones por estudio o enseñanza. En consecuencia, el beneficio de la nueva fórmula de cómputo solo puede extenderse a las actividades expresamente reformadas por el legislador, pues la Ley 65 de 1993 regula de manera autónoma cada modalidad de redención y la decisión de modificar únicamente el trabajo constituye una opción legislativa expresa que el juez debe respetar. La favorabilidad permite la aplicación retroactiva de la norma más benigna respecto del trabajo, pero no autoriza crear, por analogía, beneficios para supuestos que el legislador deliberadamente no incluyó.

Por ello, no existe fundamento jurídico para recalcular las redenciones obtenidas por estudio o enseñanza bajo la fórmula prevista para el trabajo. Extender dicho beneficio implicaría sustituir la voluntad del legislador, desplazar el artículo 97 de la Ley 65 de 1993 sin declararlo incompatible con la Constitución y desconocer el principio de legalidad. En ausencia de una excepción de inconstitucionalidad debidamente motivada, las redenciones por estudio y enseñanza deben conservar el régimen vigente, razón por la cual la modificación solicitada solo resulta procedente respecto de las redenciones por trabajo.

Estas posturas se recogieron por parte del órgano de cierre en materia ordenaría con ponencias de JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ, STP5152-2026 Tutela de 1.ª instancia N.º 151.438 del 10 de marzo de 2026 y JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO, STP6893-2026, Radicación N.º 154150 del 14 de abril de 2026.

La Corte sostuvo que la redención de pena constituye un derecho orientado a

la resocialización, por lo que consideró procedente aplicar la nueva regla de redención a las actividades de estudio y enseñanza, al estimar que hacen parte de las actividades ocupacionales previstas en la Ley 2466 de 2025.

Finalmente, esta postura continuó de manera pacífica, la Sala de decisión de tutela No. 3 M.P. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN - STP8152-2026, Radicación n.º 155021 del 7 de mayo de 2026, ya exhortaba a los jueces de vigilancia penitenciaria que revisara de manera oficiosa las penas de vigilaba en razón a los nuevos lineamientos jurisprudenciales.

En conclusión, La nueva regulación admite, frente al derecho de redención de pena, dos posibles interpretaciones: (i) negar su aplicación hasta que se cumplan integralmente las condiciones previstas para su implementación, o (ii) aplicarla de manera inmediata con fundamento en el principio de favorabilidad, atendiendo la realidad del sistema penitenciario y el principio de igualdad que ampara a las personas privadas de la libertad como sujetos de especial protección constitucional.

No obstante, cualquiera que sea la interpretación adoptada, la unidad de medida de la redención continúa siendo el **día efectivamente realizado**, y no el número de horas que el interno decida acumular. Así, un día corresponde a **ocho (8) horas de trabajo, seis (6) horas de estudio o cuatro (4) horas de enseñanza**. En consecuencia, cuando al interno le es asignada una actividad de estudio, no puede optar por realizar doce horas diarias para redimir más tiempo, pues la actividad es previamente asignada

por el establecimiento penitenciario y la redención se contabiliza por días efectivamente cumplidos conforme a la modalidad autorizada.

Se esta manera se entregó una interpretación pro homine y favorable al recluso entregando un excelente ejemplo de cómo el activismo judicial puede interpretar la ley en favor del ser humano.

Bibliografía

- Alexy, R. (1994). El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y derecho humanos.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional (pág. 14). Quito: Ministerio de Justicia y derecho humanos.
- Astudillo, C. (2015). El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En Estado Constitucional (págs. 117 - 167). Mexico DF: Universidad Nacional Autónoma de México .
- Atienza, M. R. (1991). Sobre principio y reglas. Madrid: Doxa.
- Barroso, L. R. (2008). El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho y el triunfo tardío del derecho constitucional en brasil. Mexico D.F.: Universidad nacional autónoma de méxico.
- Carbonell, M. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Isonomía, 52 - 55.
- Carbonell, M. (2007). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Instituto de Investigaciones Jurídicas .
- Corte Constitucional , T-470 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz 6 de febrero de 1996).
- Corte Constitucional , C-073 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 10 de febrero de 2010).
- Donini, M. (2010). El derecho penal frente a los Desafíos de la modernidad. Lima: ARA editores.
- Garapon, A. (2021). Juez y democracia. Una reflexión muy actual. Santiago de Chile: Olejnik.
- García Amado, J. A. (2004). La interpretación constitucional. Revista Jurídica de Castilla y León., 35 - 72.
- García Amado, J. A. (2006). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? ISEGORÍA, 151-172.
- Guastini, R. (1996). Derecho dúctil, Derecho incierto. Anuario de Filosofía del derecho XIII, 111 - 123.
- Guastini, R. (2013). Distinguiendo, estudios de Teoría y Metateoría del Derecho. Barcelona : Rustica.
- Hart, H. L. (1963). El concepto del derecho. Buenos Aires: Marcial pons.
- Ost, F. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Revista sobre enseñanza del Derecho, 101-130.
- Paz, L. M. (2016). Derecho penitenciario. Mexico D.F. : Oxford University Press.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Universidad de Génova, 339 - 353.
- Rivera Beiras, I. (2016). Descarcelación. Puntos de partida para el desarrollo de un programa. Revista de Historia de las Prisiones, 67 - 103.
- Salazar Ugarte, P. (2011). Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 289 - 310.
- Vigo, R. L. (2017). La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional. Mexico DF: Tirant lo blanch.
- Zaffaroni, E. R. (1988). Tratado de derecho penal parte general V. Buenos Aires: EDIAR.
- Zagrebelsky, G. (1995). El derecho dúctil. Madrid: Trotta.



República de Colombia

GOBERNACIÓN



Departamento del
Valle del Cauca