



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
TUNJA

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA**

FACULTAD DE DERECHO

REVISTA PRINCIPIA IURIS



Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Mg. Sergio A. López Zamora

Coeditor

Rodolfo Gutiérrez Silva

Número de la revista

Cuarenta (40)

Primer semestre de 2022

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: (8) 7440404 Ext.: 31239 – 31231

Correo electrónico:

revistaprincipia@ustatunja.edu.co

sergio.lopezz@usantoto.edu.co

Diseño y Portada:

Departamento de Comunicaciones Universidad
Santo Tomás

Diseño y Diagramación:

Editorial XXXXX

Calle XXXXXXXX

Tunja - Boyacá - Colombia.

Corrección de Estilo:

Fray Ángel María Beltrán Naranjo O.P.

Revisión del inglés:

Departamento de Idiomas Universidad Santo
Tomás

Revisión del francés:

Departamento de Idiomas Universidad Santo
Tomás

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho en depósito legal.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

EDITOR

Mg. Sergio A. López Zamora

COMITÉ EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD

Ph.D. Eduardo Rozo Acuña

Universidad de Urbino Italia
rozo.acuna@teletur.it

Gille Guglielmi

Universidad de París II, Francia
gilles@guglielmi.fr

**COMITÉ EDITORIAL CIENTÍFICO
DE LA REVISTA**

Ph.D. Carlos María Romeo Casabona

Universidad del País Vasco, España

Ph.D. Carlo Casonato

Universidad de Trento, Italia

Ph.D. Ingrid Brena Sesma

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México

Ph.D. Andrés Bobenrieth Miserda

Universidad de Chile, Chile

Ph.D. Jaime Rodríguez Arana Muñoz

Universidad de La Coruña, España

Ph.D. Pablo Guadarrama

Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur

Universidad de Medellín, Colombia

Ph.D. Cristian Wolffhugel Gutiérrez

Universidad Sergio Arboleda, Colombia

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA

Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultado definitivo o parcial de investigaciones en el campo Socio - jurídico; así, como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico - jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

EDITORIAL

La Revista Principia Iuris de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja publica su número 40, manteniendo el compromiso de divulgar y socializar con la comunidad académica nacional e internacional, resultados inéditos de investigación, reflexión o revisión en el área del derecho y ciencias afines.

Este número, muestra un enfoque que rodea el medio ambiente, la epistemología, las nuevas tecnologías, entre otras temáticas abordadas por importantes nombres que dejan en manos de la comunidad científica diferentes resultados especializados. La Revista es un espacio pertinente de discusión y desarrollo académico para las presentes y futuras generaciones estudiosas del derecho, en donde permanecerá la puerta abierta al debate, las nuevas ideas, la reinterpretación, la ampliación, la generación de nuevos interrogantes y respuestas en el derecho, a nivel nacional e internacional. Se deja en manos del lector, un espacio de intercambio de opiniones en pro del desarrollo de la judicatura.

Nuestra revista se encuentra indexada en Latindex, Pubindex y Google Scholar y permanece en convocatoria permanente siempre en pro de mantener encendida la luz de la eterna búsqueda de la verdad.

Agradeciendo a nuestros autores, al equipo editorial y sobre todo al lector, queda en sus manos 7 artículos que abonan al desarrollo de la cultura jurídica, todos los cuales constituyen el más sincero reflejo del espíritu de la Revista: la investigación seria y dinámica del derecho.

Mg. Sergio Andrés LÓPEZ-ZAMORA
Editor de la Revista Principia Iuris

EDITORIAL

The Revista Principia Iuris magazine of the Universidad Santo Tomás Seccional Tunja publishes its 40th issue, maintaining the commitment to disseminate and socialize with the national and international academic community, unprecedented results of research, reflection or review in the area of law and related sciences.

This number shows an approach that surrounds the environment, epistemology, new technologies, among other topics addressed by important names that leave different specialized results in the hands of the scientific community. La Revisa is a relevant space for discussion and academic development for present and future generations of law students, where the door will remain open to debate, new ideas, reinterpretation, expansion, and the generation of new questions and answers in law. At national and international level. It is left in the hands of the reader, a space for the exchange of opinions in favor of the development of the judiciary.

Our magazine is indexed in Latindex, Publindex and Google Scholar and remains in permanent call always in favor of keeping the light of the eternal search for truth on.

Thanking our authors, the editorial team and, above all, the reader, 7 articles that contribute to the development of legal culture are left in your hands, all of which constitute the most sincere reflection of the spirit of the Magazine: serious and dynamic investigation of law.

Mg. Sergio Andres LOPEZ-ZAMORA
Editor

CONTENIDO

EL PAPEL DEL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE EN EL EJERCICIO DE LA SANA CRÍTICA	9
Pablo Andrés Martínez Ico	
ALGUNAS RAZONES DEL VOTO POPULAR EN LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DEL 19 DE JUNIO DEL AÑO 2022 EN COLOMBIA	29
Pablo José Arias Páez	
HERRAMIENTAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO; ESTUDIO DEL CASO PRETORIA Y PRISMA	47
Jonathan Snaider Torres Abril	
Zayda Yoleth Silva Vásquez	
Valeria Gomez Simijaca	
CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y DERECHO AMBIENTAL	67
Alexis Peña Fernández	
APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO COMO CIENCIA EN LA ERA DIGITAL: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL	87
Isabel Cristina Ramírez Núñez	
Flor María Torres Guzmán	
LA PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y EN EL ACUERDO DE PAZ SUSCRITO CON LAS FARC	97
Alfonso Daza González	
LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA, PRESUPUESTO DE UNA ADECUADA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL PROCESO CIVIL	119
Héctor Francisco Arévalo Fómeque	

**EL PAPEL DEL PRINCIPIO DE RAZÓN
SUFICIENTE EN EL EJERCICIO DE LA SANA
CRÍTICA**

**THE ROLE OF THE PRINCIPLE OF
SUFFICIENT REASON IN THE EXERCISE OF
SOUND CRITICISM**

Recibido: 19 de septiembre de 2022

Aceptado: 1 de noviembre de 2022

Pablo Andrés Martínez Ico¹

¹ Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, actualmente estudiante del programa de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca; correo electrónico: pamartinezi@unal.edu.co

Resumen

El presente escrito tiene como objetivo mostrar la relación conceptual entre el principio lógico filosófico de Razón Suficiente y el concepto jurídico de Sana Crítica. En primera instancia el lector podrá encontrar un apartado en donde se abordará el concepto de lógica, sus elementos constituyentes y su definición contemporánea; posteriormente, el texto versará sobre la noción de lógica como herramienta adecuada en el ejercicio de motivación de sentencias por parte del operador judicial; acto seguido, encontrará una breve definición y explicación de los principios lógico-filosóficos más usados, a saber, el principio de no contradicción, el principio de identidad, el principio de tercio excluso. A continuación, el texto ofrecerá un capítulo sobre la historicidad del principio de razón suficiente, en donde se realizará un rastreo de nociones clásicas, pre-aristotélicas, hasta llegar a las definiciones ofrecidas en la modernidad por Leibniz y Schopenhauer. Finalmente, el lector podrá encontrar un rastreo de la noción de Sana Crítica desde el siglo XIX hasta el actual Código General del Proceso colombiano. Para finalizar, se mostrará por medio de lo datado en la sentencia T-458 de 2007 de la Corte Constitucional la relación entre el Principio de Razón Suficiente y la noción jurídica de Sana Crítica.

Palabras clave: lógica, Principio de razón suficiente, principio de identidad, principio de no contradicción, Sana crítica, principio de razón suficiente.

Abstract

The purpose of this paper is to show the conceptual relationship between the logical philosophical principle of Sufficient Reason and the legal concept of Sound Criticism. For this purpose, in the first instance the reader will be able to find a section where the concept of logic, its constituent elements and its contemporary definition will be addressed; Subsequently, the text will deal with the notion of logic as an adequate tool in the exercise of motivation of sentences by the judicial operator; then, you can find a brief definition and explanation of the most used logical-philosophical principles, namely, the principle of non-

contradiction, the principle of identity, the principle of excluded middle. Next, the text will offer a chapter on the historicity of the principle of sufficient reason, where a tracing of classical, pre-Aristotelian notions will be carried out, until reaching the definitions offered in modernity by Leibniz and Schopenhauer. Finally, the reader will be able to find a trace of the notion of Sound Criticism from the 19th century to the current General Code of the Colombian Process. Finally, the relationship between the Principle of Sufficient Reason and the legal notion of Sound Criticism will be shown by means of what is dated in the sentence T-458 of 2007 of the Constitutional Court.

Keywords: Logic, Principle of sufficient reason, principle of identity, principle of non-contradiction, Sound criticism, principle of sufficient reason.

1. La importancia de la lógica en la motivación de sentencias

La ciencia social, desde el ámbito del derecho, reclama determinada rigurosidad respecto al análisis y la comprensión de los casos particulares que en ella suceden, la estrecha relación entre la filosofía y el derecho implica, de entrada, un uso adecuado de la lógica al momento de abordar los casos que acontecen dentro del funcionamiento de los sistemas de justicia.

La lógica, como propuesta aristotélica, permitió comprender de una manera más avezada conceptos como proposición, enunciado, verdad, validez, inferencia, deducción e inducción. Cada uno de los conceptos anteriormente nombrados juega un gran papel en el derecho, pues, la acción motivar las sentencias emitidas implica capacidad por parte del administrador de justicia para verificar, analizar y someter a revisión lo que las partes de un proceso han dicho, han hecho y han señalado; es de este modo como se responden a las preguntas de tipo ¿Qué parte está diciendo la verdad? ¿Cómo, según definiciones filosóficas de conceptos de “verdad formal” y “verdad material” puede analizarse de manera adecuada un acápite de pruebas? ¿Qué pruebas son válidas en un proceso? ¿Qué es justo o injusto en términos del proceso que se lleva a cabo?

En función de lo anterior, un adecuado abordaje de la lógica proposicional y la lógica moderna, de sus tipos de inferencias deductivas e inductivas, es condición necesaria para el buen ejercicio de la administración de la justicia. Así, tener claridad sobre la forma como funcionan los principios que constituyen la lógica permitirá una comprensión más clara las exigencias que acarrea consigo el concepto de “sana crítica”. Este, que resulta ser una exigencia a los administradores de justicia, se constituye de una adecuada comprensión de los principios lógicos de identidad, de no contradicción y de tercio excluso en la conformación del Principio de Razón Suficiente. En función de lo anterior, puede afirmarse que el principio de razón suficiente ofrece claridad al momento de comprender el concepto de Sana Crítica; pues este señala que el juez debe obedecer, al momento de tomar una decisión, a los preceptos de la lógica deductiva e inductiva, de la costumbre y de la correcta interpretación de la norma, es decir, de un adecuado ejercicio hermenéutico de la misma; sin más, el objetivo de este texto apunta no a otra cosa sino mostrar la estrecha relación que se da entre el concepto lógico-filosófico de “principio de razón suficiente” y el concepto jurídico de “Sana Crítica”.

En una situación donde el juez no lleve a cabo una adecuada inferencia a partir del acápite de pruebas, difícilmente tomará decisiones correctas en el proceso. Es de este modo como se empieza a vislumbrar la necesidad de entender el carácter lógico del proceso en la ciencia jurídica, pues cuando se acerca a conceptos como reparación y justicia, es necesario aceptar que la verdad, antes que un concepto social, es un concepto lógico-filosófico. El sustento de una sentencia es, esencialmente, una estructura lógica que goce de validez. Dicha validez lógica es el mejor aliado de lo resuelto por el administrador de justicia al momento de enfrentarse a recursos de reposición o apelación, gozar de una razón suficiente que esté debidamente alineada con principios lógico-filosóficos **como los ya nombrados** permite, sin más, que la sentencia se mantenga en pie cuando avance por otras instancias.

Con lo anterior queda señalado el contexto en el cual aparece el problema que orienta este escrito. Este texto planteará la relación conceptual entre los conceptos de sana crítica y el principio de razón suficiente; empero, procurará

responder a la pregunta **¿Cómo el principio de razón suficiente compone el concepto jurídico de Sana Crítica?**

En la actualidad, es común encontrar usos de lenguaje en donde se encuentra la expresión “esto es lógico” o “esto es ilógico”, sin embargo, cuando se pregunta sobre ¿Qué significa la palabra “lógica”? con dificultad se responde la pregunta con claridad. Se invita al lector que antes de continuar con la lectura de este texto realice el ejercicio e intente definir ese concepto con sus palabras.

De manera casi intuitiva o inmediata, el común denominador a la hora de responder la anterior pregunta desemboca en respuestas de tipo “la lógica es la verdad”, “la lógica se trata de pensamientos reales” o “la lógica es una ciencia de la razón”. Y aunque conceptos como “verdad”, “realidad” y “razón” tienen una gran presencia en la práctica de algunos tipos de lógica, no son ellos los más adecuados para describir lo que la lógica es.

Así, se espera que el lector pueda usar a modo propedéutico la siguiente definición. Se parte de un hecho: existen métodos racionales, los cuales han sido probados y confirmados, cuyo objetivo es determinar lo que es verdad y diferenciarlo de aquello que es mentira, en ellos se han establecido nociones de verdad material, verdad formal, verdad por referencia, verdad por consistencia y verdad por coherencia, todas pertenecientes al ámbito de la filosofía y la lógica antes que a todas las demás disciplinas que de ellas emanan. Es en este juego de lenguaje donde aparece la definición inicial del concepto: “**Lógica** es el estudio de los principios y métodos utilizados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto” (Copi & Cohen, 2012).

Esta definición, aunque simple, goza de gran contenido. Sólo en la adecuada diferenciación de lo que es un “razonamiento correcto” de un “razonamiento incorrecto” es donde se puede generar una actividad jurídica decente, es decir, una adecuada interpretación y aplicación del derecho a través de la correcta comprensión de la norma, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la casuística y la costumbre; es en este punto, sin duda alguna, donde la pertinencia de

la lógica en el derecho se hace más visible que nunca: no hay sentencias ni actos jurídicos válidos si los mismos carecen de una lógica y una inferencia adecuada.

La actividad humana por lo general está acompañada de una serie de razonamientos sobre asuntos, en dichos actos de razonamiento se suelen generar unos argumentos para exponer las razones que se considera generan una justificación de las ideas que se plantean; empero, no siempre los argumentos y las razones que se plantean son adecuados. La tarea del lógico es reconocer los argumentos bien elaborados y diferenciarlos de aquellos que carecen de una adecuada elaboración, ergo, de una adecuada inferencia.

Así, se afirma que un argumento, en tanto construcción lingüística expresada en modos orales y/o escritos, es un conjunto de proposiciones (oraciones afirmativas constituidas por la estructura sujeto-verbo-predicado); de las cuales, unas juegan el papel de premisas y otra el papel de conclusión. En ese sentido, la pregunta inicial que planea responder el lógico es ¿la conclusión se sigue de las premisas? Con esto realmente se quiere decir “¿lo que se afirma en la conclusión está correctamente justificado por aquello que se anuncia en las premisas?” Si la respuesta es positiva, se dirá que se está frente a un argumento válido, en cambio, si la respuesta es negativa, se dirá que el argumento goza de invalidez lógica.

Es importante señalar entonces que el papel del lógico no consiste simplemente en un estudio del razonamiento, ni de cómo se producen los razonamientos, pues en términos epistemológicos esta tarea le corresponde a la psicología, a la ciencia cognitiva y a la neurociencia, en cambio “El lógico debe limitarse al *producto* palpable del razonamiento, el cual se expresa a través de argumentos orales o escritos, y su propósito no es descriptivo sino *normativo*, el establecer reglas y principios para evaluar estos argumentos” (Páez, 2007) dado que en la ciencia jurídica el material con el que se trabaja son textos escritos y actos de pronunciación oral de las partes, se hace visible entonces cómo la lógica termina constituyendo las buenas prácticas del derecho, pues dicha naturaleza normativa presenta afinidad con la naturaleza normativa y prescriptiva del derecho.

2. Principio y método, dos conceptos constitutivos por resaltar

La definición que llegó a la sociedad occidental del concepto de “principio” no es otra sino aquella que los árabes rescataron del texto griego de La Metafísica de Aristóteles, esta afirma:

“Principio se dice en primer lugar del punto de partida de la cosa; como el principio de la línea, del viaje. En uno de los extremos reside este principio, correspondiendo con él otro principio al extremo opuesto. Principio se dice también de aquello mediante lo que puede hacerse mejor una cosa; por ejemplo, el principio de una ciencia. En efecto, no siempre hay precisión de empezar por la noción primera y el comienzo de la ciencia, sino por lo que puede facilitar el estudio. El principio es también la parte esencial y primera de donde proviene una cosa: y así la carena es el principio del buque, y el cimiento es el principio de la casa; y el principio de los animales es, según uno, el corazón; según otros, el cerebro; según otros, por último, otra parte cualquiera del mismo género. Otro principio es la causa exterior que produce un ser, aquello en cuya virtud comienza el movimiento o cambio. Y así, el hijo proviene del padre y de la madre, y la guerra del insulto. Otro principio es el ser, por cuya voluntad se mueve lo que se mueve, y muda lo que muda: como, por ejemplo, en los Estados los magistrados, los príncipes, los reyes, los tiranos. Se llaman también principio las artes, y entre ellas, las artes arquitectónicas. **Finalmente, lo que ha dado el primer conocimiento de una cosa, se dice también que es el principio de esta cosa: las premisas son los principios de las demostraciones**”. (Metafísica, V, 1013b-1025a)
(Subrayado y negrilla fuera del texto)

La primera definición del concepto de deducción fue dada por Aristóteles, quien con su concepto de *sillogismus* le definió como: Una deducción es un discurso (logos) en el cual, suponiendo ciertas cosas, resulta de necesidad otra cosa diferente de las cosas supuestas sólo por haber sido éstas supuestas (Primeros analíticos 24b18-20)

Al recordar la definición del concepto de “lógica” que fue citada páginas atrás, es notorio que, si ella es el estudio de los principios y métodos utilizados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto, necesariamente debía tomarse un momento de este escrito para abordar lo que era un método y un principio. Dado que la naturaleza de esta investigación tiende a abordar la relación del principio lógico de razón suficiente con el concepto jurídico de Sana Crítica, no se abordará el concepto de método a profundidad, por tener este una vasta extensión y por no gozar de pertinencia respecto a los objetivos de las líneas aquí presentes.

Baste con decir que los dos métodos iniciales de la lógica respecto al abordaje de razonamientos son la deducción y la inducción, entendiendo la primera como un tipo de inferencia en la cual se parte de lo general y se concluye en lo particular; y viceversa con la inducción, iniciando ella en lo particular y procurando concluir en proposiciones o afirmaciones generales.

3. Los principios lógicos: una base epistemológica del derecho

A continuación el lector encontrará una definición muy sintética de los principios más destacables de la lógica Aristotélica; la cual, se trajo a colación páginas atrás con el concepto de principio: “**lo que ha dado el primer conocimiento de una cosa, se dice también que es el principio de esta cosa: las premisas son los principios de las demostraciones**”, (ibid.) vale la pena entonces resaltar esos principios lógicos que procuran ser “los primeros conocimientos de una cosa”; a saber, el principio de no contradicción, el principio de identidad, el principio de tercio excluso y finalmente el principio del razón suficiente.

En palabras de Zamudio: Aristóteles plantea [...] que, al mismo tiempo y dentro de la misma relación, *sólo bajo estas condiciones*,

Algo no puede ser y no ser. Este es el llamado “principio de identidad”: $A=A$. O sea: si A es, A no puede no ser, al mismo tiempo y dentro de la misma relación;

Es imposible que un atributo pertenezca y no pertenezca al mismo sujeto. Este es el llamado “principio de no contradicción”: si $\{A \text{ es } x\} \rightarrow \{A \text{ no es no-}x\}$, donde x y $\text{no-}x$ son atributos contrarios; ejemplo: algo no puede ser blanco y no-blanco, al mismo tiempo y dentro de la misma relación;

Dos proposiciones contradictorias no pueden ser verdaderas ambas. Este es el llamado “principio del tercero excluido”: dados los enunciados $\{A \text{ es } x\}$ y $\{A \text{ es diferente de } x\}$, sólo uno de los dos puede ser verdadero, al mismo tiempo y dentro de la misma relación.”

De estos tres principios se obtiene la base bajo la cual se logra un abordaje al principio de razón suficiente. Sólo en tanto se atiende a las reglas anteriormente nombradas: a) no contradecirse b) Diferenciar el ser de una situación de su “no-ser” y c) Entender que una contradicción es un criterio de falsedad, es como se puede comprender la naturaleza jurídica del principio lógico-filosófico de razón suficiente, pues como bien afirma el título de este apartado, si estos tres principios son el comienzo de toda ciencia, necesariamente lo serán también del derecho como ciencia social; empero, si son ellos tres quienes configuran la base del principio de razón suficiente, entonces este tendrá relación intrínseca con los conceptos del derecho.

4. El principio de razón suficiente

Es un hecho que todas las ciencias contienen en su interior el concepto de “causa”, en ellas, la causalidad es entendida como la relación lógica que describe la posibilidad de vincular dos hechos y que, en suma medida, se pueda destacar a uno como causa y otro como efecto del primero. Sólo gracias a las relaciones causales logramos tener certeza de cierto tipo de conocimientos (hipotéticos) donde la presuposición “Si sucede X ” necesariamente “sucederá Y ” se vuelve plausible. Así, vale la pena recordar que “toda ciencia basada en la razón o que participa en algo del razonamiento versa sobre causas y principios, ora más rigurosos ora más simples.” (Aristóteles, 1025b). Desde

este punto, se empieza a vislumbrar la relación entre los usos de lenguaje: “hecho y consecuencia jurídica” y “Causa y consecuencia lógica”.

Una primera forma del principio de razón suficiente, nos dice Schopenhauer en su tesis doctoral, es la que se encuentra en el *Timeo*: “Además, todo lo que deviene, deviene necesariamente por alguna causa; es imposible, por tanto, que algo devenga sin una causa” (*Timeo*, 28^a-28b). Platón se convierte así en uno de los primeros exponentes del principio, el cual afirma que -todo lo que sucede, tiene una razón causal que lo explica-. El motivo de este apartado no tiene otro objetivo que mostrar la historicidad del principio de razón suficiente, con miras a mostrar al lector su naturaleza (causal) y así, posteriormente relacionarlo con el concepto jurídico de Sana Crítica.

Así, es sabido que se encuentran referencias iniciales en autores como Platón, Aristóteles; y por ende, en la escolástica medieval. Sin embargo, es llamativo cómo el principio es recogido por Hobbes en su *de corpore*, p. II, c. 10, *parágrafo 7*. Lugar en donde reaparecen las nociones de causa material, formal, eficiente y final del inventor de la lógica, gracias a esto se empiezan a posibilitar discusiones muy precisas para la ciencia social; por ejemplo, saber y conocer *que una cosa es* difiere mucho del saber y demostrar *por qué* es una cosa. A esto último se le llama conocimiento de causa.

Señalar la culpabilidad de alguien en la ciencia jurídica, con conocimiento de causa, según el principio de razón suficiente, sería necesariamente una situación en donde se muestra que dicha culpa no tiene posibilidad de “duda razonable”, pues en tanto enmarcada en un principio lógico como el principio de razón suficiente, si hay suficiencia lógica de que un hecho (las premisas) es causa del segundo (la culpa), no existirá posibilidad de mostrar “duda razonable” sobre la necesidad lógica del segundo.

Otro referente importante para la comprensión del principio de razón suficiente es el Escéptico Sexto Empírico, quien al tratar de demostrar la ley de la causalidad en su libro *Adversus physicos*, par. 204 señala que: “El que afirma que no hay ninguna causa ($\alpha\iota\tau\iota\alpha$), o no tiene ninguna causa ($\alpha\iota\tau\iota\alpha$)

para afirmarlo, o tiene alguna. En el primer caso, su afirmación no es más verdadera que la contraria; en el otro, por su misma afirmación demuestra la existencia de la causa”. Esto demuestra, a nivel lingüístico, que todo lo que se dice o se hace, tiene una causa que lo motiva y que lo explica. Esta será en primera instancia una de las características del principio de razón suficiente que tiene mayor utilidad en el derecho, pues si a nivel probatorio se mantiene una exigencia lógica-causal, entonces todo acápite de pruebas, junto con los interrogatorios pertinentes, será necesariamente el conjunto de premisas que servirán para la demostración causal de las pretensiones jurídicas que tenga determinada parte.

Agregado a todo lo anterior, la historia muestra referencias a la explicación causal de hechos en las filosofías de Descartes y Baruch Spinoza; no obstante, en los modernos, fue Leibniz quien ofreció por primera vez en la historia una formulación tácita del principio de razón suficiente, identificándolo como un principio fundamental de todos los conocimientos y ciencias, dicha referencia se encuentra en el parágrafo 32 de su *Principia philosophiae* y en la *Monadología*, en donde afirma:

“En virtud del cual consideramos que no podría hallarse ningún hecho verdadero o existente, ni ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”

Una vez postulado el principio de razón suficiente como aquel que determina que “todo lo que llega a ser, tiene una causa por la cual llegó a ser” se darán múltiples reiteraciones de este en autores como Baumgarten, Reimaro, Lambert, Plättner, Hume, Kant y especialmente para la naturaleza de este escrito, el postulado de Arthur Schopenhauer.

Para Schopenhauer, como buen heredero del criticismo Kantiano, todo el conocimiento humano está dado bajo la relación Sujeto-Objeto. Los objetos de conocimiento son siempre representaciones; las cuales, son generadas desde la sensibilidad o capacidad para percibir objetos junto con el entendimiento o facultad para establecer conceptos sobre los objetos percibidos. Así, todas

las representaciones que tiene el ser humano sobre las cosas del mundo, sobre sus objetos de conocimiento, gozan de relaciones las unas con las otras; justamente, el principio de razón suficiente atiende a esas relaciones intrínsecas entre representaciones que, en suma medida, deben ser captadas y respetadas por el buen lógico.

Para referirse a dichas relaciones, Schopenhauer destaca que la primera clase de objetos de conocimiento en los que se puede identificar el principio de razón suficiente son los objetos constituidos por representaciones intuitivas; a saber, empíricas. Por tal razón, cuando se responde a una pregunta dada en la forma “¿Por qué *x*?” siempre se está frente a una situación de exigencia de una razón suficiente, de una razón explicativa respecto a *por qué* sucede o existe algo en el mundo empírico de determinada manera.

Se ha enseñado a lo largo de la historia que hay cuatro tipos de preguntas: ¿Qué?; ¿Cómo?; ¿Cuándo? y ¿Por qué?; la primera, se refiere a la ontología, al *qué* objeto se está mencionando o señalando; la segunda, se refiere a la modalidad como algo acontece, existe o es percibido, a su *cómo*; la tercera, se refiere a la temporalidad del fenómeno u objeto de conocimiento, al *cuándo* se le percibe; la última, referente a la presente investigación se refiere al señalamiento de causas y/o motivos por los cuales algo acontece o existe del modo como se le percibe, al *por qué* sucede así y no de otro modo.

5. El concepto de sana crítica

La noción de Sana Crítica aparece por primera vez en la Ley de amnistía número 27 de 1893, específicamente en el inciso 3° del artículo 5 de la referida norma legal, relativa a la *amnistía a los individuos del Ejército que sirvieron a la dictadura en los empleos de general o coronel y a los jefes de la armada que no fueron comprendidos en la ley del 25 de diciembre de 1981*. Así, se puede afirmar con certeza que la génesis del concepto jurídico de Sana Crítica es expresamente española.

A diferencia de ser un concepto cuya aplicación se acabó en su primera aparición, puede notarse que este pervivió y logró afianzarse en la doctrina y jurisprudencia española y mundial, esta fue cobrando la característica de criterio en el ejercicio de ponderación de la prueba, sin embargo, al momento de referirse a su historicidad se advierte lo siguiente:

“Metodológicamente hablando es necesario distinguir, por una parte, la historia de las ideas que tradicionalmente se entienden forman parte de la noción de “sana crítica” (máximas de experiencia y principios lógicos) de, por otra parte, la historia de las ideas normativo-jurídicas del concepto de “sana crítica” [...] se remonta hasta los tiempos de Aristóteles para dilucidar el origen de tales ideas. Por el contrario, para esclarecer el origen del término normativo-jurídico “sana crítica” no es necesario remontarse a la Grecia Clásica sino simplemente al derecho español de fines del siglo XIX” (Benfeld, 2013)

Así, debe resaltarse que la historia del concepto jurídico de “sana crítica” es mucho más corta que la historia de los principios lógicos-filosóficos que sostienen dicho concepto. Por tal razón, su historia expresa figura de la siguiente manera:

“El reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración, de 1846, disponía en su artículo 148 que los testigos podían ser examinados y calificados sus dichos por el referido Consejo conforme a las “reglas de la sana crítica”. Esta nomenclatura usada en una ley contencioso administrativo pasó luego a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que dispuso en su artículo 317 que “los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”. Por último, en un intento por dotar de un contenido más preciso a la idea, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, dispuso en su artículo 659 que “los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón de la ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran”. (Benfeld, 2013)

Como bien se nota en la anterior cita, la valoración de las pruebas para ese entonces estaba enmarcada en la conjugación de varios factores, como el número de testigos requeridos para que un hecho se diere por probado en juicio (se establecía en ese entonces un número máximo de doce testigos en referencia a un mismo hecho y un mínimo de dos testigos, pues sólo uno no bastaba a menos que fuese el rey). Por ende, se resaltaban condiciones del tipo “[...] dos testigos contestes como mínimo probatorio; cinco si con ellos se intenta desvirtuar la escritura de un escribano; siete si se impugna un testamento, salvo que aquél haya sido hecho por ciego, en cuyo caso ocho serán los testigos requeridos” (Ibid.)

Sin embargo, en esa situación el juez podía engañarse a sí mismo y también podía ser inducido a error por otro, razón por la cual se hizo necesario que, para que el juez alcanzara la verdad (material) en la totalidad del proceso, se destazara la prueba testimonial y se le entregara al magistrado un margen mayor de ponderación de acuerdo con criterios racionales; a saber, aquellos principios lógicos que fueron descritos capítulos atrás.

Un ejemplo claro de ello puede rastrearse en los comentarios que se realizaron sobre el artículo 317 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 a la luz de los criterios de ponderación presentes en las Partidas, se afirmó que: “A primera vista parece que este artículo haya introducido una reforma radical en nuestro antiguo derecho relativamente al valor y apreciación de la prueba de testigos; pero si se examinan y se comparan con él las leyes de Partida que tratan de esta materia, se verá que en la esencia no se ha hecho novedad alguna, como ya indicamos en la pág. 248 de este tomo. **Aunque dichas leyes sancionaron el hecho de que dos testigos contestes y libres de toda excepción hacen plena prueba, también dejaron a la sana crítica del Juez la apreciación de la fuerza probatoria de sus dichos cuando estos son contradictorios**” (Manresa y Navarro, 1856) (Negrilla fuera del texto). En este punto puede generarse la primera inferencia de este texto: la capacidad analítica y racional del Juez, como conocedor de la lógica, le permite descartar pruebas del acápite cuando identifica en ellas rupturas de principios lógicos, como en este caso, una ruptura del principio de no contradicción.

Agregado a lo anterior, se destaca también la afirmación de Manresa y Navarro que señala:

“De las consideraciones que llevamos expuestas se deduce claramente, que las leyes de Partida al determinar reglas generales sobre la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, se ajustaron a las que prescribe la sana crítica, de manera, que aun cuando se entendiesen derogadas por el art. 317 de la Nueva Ley las disposiciones de nuestros códigos anteriores que marcan el valor o fuerza legal de la prueba de testigos, aun cuando no debieran considerarse vigentes por las razones expuestas en el núm. 740 de este libro y en los 271 al 278 de la introducción de esta obra, **debieran seguirse y adoptarse como reglas fundadas en la crítica racional y en la buena lógica, como seguras guías mediadoras del arbitrio judicial y reguladoras de su criterio**”. (Manresa y Navarro, 1856) (Negrilla fuera del texto)

Resulta digno de alta estima resaltar cómo los primeros comentarios y contestaciones a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 destacan el gran valor que tiene la lógica en las buenas prácticas del operador judicial. No es gratuito que al haber dejado tanto tiempo la ponderación de pruebas en ámbitos meramente matemáticos (como las reglas de cantidad de testigos para casos específicos que fueron nombradas párrafos atrás) se hubiese caído con recurrencia en errores al momento de fallar. Sin embargo, en un contexto donde esos eran los criterios de ponderación de pruebas en la administración de justicia, sólo era cuestión de tiempo para notar que dicha estructura era susceptible de error, ora por engaño individual del juez, ora por inducción al error por parte de un tercero.

Pero una vez ampliada la capacidad y competencia del juez, así mismo se ampliaron sus deberes, pues ahora ya no se le podría echar la culpa, por decirlo así, al hecho de que todo dependía de una cantidad numérica de testigos en referencia a casos individuales; en cambio, ahora el ejercicio racional del juez al momento de juzgar y analizar la prueba a ponderar tiene un lugar muy relevante. En concordancia con esto afirmó Pedro Gómez de la Serna: “Es la

primera ventaja haber emancipado la conciencia del juez, el antiguo método suprimía el criterio humano, el nuevo lo restablece. La dignidad del juez se aumenta, -pero en la misma proporción se aumenta su deber, no puede ya medir la verdad mecánicamente por una especie de tasa preestablecida e inflexible, su deber es deducirla de todas las reglas de la crítica aplicada al examen de los hechos. Gracias sean dadas a Dios que ha hecho del corazón del hombre su órgano mejor de crítica, puesto que el método más seguro para formar juicios acertados es la rectitud de sentimientos, a la manera que la probidad es la primera condición de buen orador, así que el juez más probo será también el más entendido” (Gómez de la Serna, 1859)

6. Relación entre el principio de razón suficiente y el concepto de sana crítica

En Colombia, el Código general del proceso advierte en su artículo 176 que: “**APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la Sana Crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”. Esto ya es muestra suficiente de la obligatoriedad que recae en el comportamiento del juez, de la exigencia que se le solicita al momento de tomar una decisión en ámbito judicial.

Pues bien, la Corte Constitucional en su Sentencia T-458 del 2007 cuyo Magistrado Ponente es el Doctor Álvaro Tafur Galvis. En ese texto, afirma la Corte, el defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica se compone cuando:

“[...] el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido, es el defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva [...]”

Pues bien, no le es lícito al operador judicial resolver de manera arbitraria un asunto jurídico, pues como bien lo ordena el artículo 176 del Código General del Proceso, cada una de sus acciones debe ser concordante y respetuosa de los principios de la lógica deductiva e inductiva, de las máximas de la experiencia y de los desarrollos científicos que se han dado.

Así las cosas, dice la sentencia anteriormente citada “sólo es factible fundar la acción de tutela frente a una vía de hecho por defecto fáctico cuando se observa que la valoración probatoria hecha por el Juez es manifiestamente arbitraria” (ibid.) Sin embargo, es justo en este momento donde se hace evidente la relación entre el principio de razón suficiente y el ejercicio de la sana crítica. Si se da un caso en donde un juez no tuvo en cuenta todos los elementos de un acápite de pruebas o, de manera intencionada y visible, no decretó de oficio una prueba sin la cual se lograra llegar a un debido entendimiento del caso en cuestión ¿Por qué habría de creerse que su decisión judicial está debidamente motivada? ¿No es acaso este un caso donde se le puede alegar al juez que su decisión carece de una *Razón Suficiente*? ¿No es precisamente eso lo que reza el principio de razón suficiente expuesto desde Leibniz y perfeccionado por Schopenhauer? Si un juez no tiene en cuenta todos los elementos del acervo probatorio o deja de lado la tarea de decretar de oficio un elemento que pueda resultar condición necesaria para una deducción lógica, o razón suficiente para motivar su decisión judicial, justamente se está en un caso en donde el operador no está atendiendo al artículo 176 del Código General del Proceso; por ende, tampoco a los principios de la lógica deductiva e inductiva; ergo, carece del ejercicio de Sana Crítica.

7. Conclusión

No son pocas las relaciones que se pueden establecer entre principios lógicos, pertenecientes a la filosofía y entre conceptos jurídicos, pertenecientes al derecho. Existe en la actualidad un sinnúmero de sentencias emitidas por la Corte Constitucional que suelen recordar la importancia de la Sana Crítica, este escrito versó, a modo de recordatorio, sobre el corazón palpitante de este

concepto jurídico que reboza de filosofía, considero que a medida que las facultades de derecho acepten la importancia de educar con mayor ahínco a las nuevas generaciones de abogados en contenidos de lógica y de filosofía (sobre todo aquella que es de carácter epistemológico y que no queda enclaustrada en las fauces de la filosofía del derecho), así mismo se mejorarán los efectos y el ejercicio de las nuevas generaciones de profesionales del derecho.

Dejar de atender la formación del abogado en términos de lógica deductiva, lógica inductiva, máximas de la experiencia y la ciencia contemporánea limita la posibilidad de una buena toma de decisiones y reduce la capacidad de atender a lo verdaderamente importante en el ámbito de la institucionalidad, que es la realización y materialización de la justicia por medio de quienes representan y conforman a la Rama Judicial y a el Estado.

Bibliografía

Copi, Irving. Introducción a la lógica. Editorial Limusa 2013

Páez, Andrés. Introducción a la lógica moderna. Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía, Ediciones Uniandes, 2007.

Aristóteles. Tratados de lógica (Órganon) II – Analíticos primeros- Traducción de Miguel Candel Sanmartin. Editorial Gredos 1995.

Aristóteles. Metafísica - Traducción de Miguel Candel Sanmartin. Editorial Gredos 1995.

Platón. Timeo. Traducción de Ángeles Duran y Francisco List. Editorial Gredos, 1992.

G. Leibniz - Monadología – 1713-1715 – Editorial Velarde, Madrid 2012.

A. Schopenhauer – Sobre la cuádruple raíz del principio de razón suficiente – Editorial Victoriano Suárez – Madrid - Traducción de Eduardo Ovejero y Maury.

Bustamante Zamudio, G. (2017). Los tres principios de la lógica aristotélica: ¿son del mundo o del hablar?. *Folios*, (27), 24.30. <https://doi.org/10.17227/01234870.27folios24.30>

Manresa y Navarro, José María. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955), II, pp. 386-387

Vicente y Caravantes, José. Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil (Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1856), II, p. 261.

Gómez de la Serna, Pedro, Respuesta a consulta sobre Ley de Enjuiciamiento Civil, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 13 (Madrid, 1858), pp. 314-315.

**ALGUNAS RAZONES DEL VOTO POPULAR EN
LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DEL 19 DE
JUNIO DEL AÑO 2022 EN COLOMBIA.**

**SOME REASONS FOR THE POPULAR VOTE IN
THE PRESIDENTIAL ELECTIONS OF JUNE 19,
2022 IN COLOMBIA**

Recibido: 16 de septiembre de 2022

Aceptado: 1 de noviembre de 2022

Pablo José Arias Páez¹

¹ Abogado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, y Magíster en Derecho Procesal Universidad Libre Bogotá. Actualmente Servidor Judicial-Oficial Mayor Juzgado Circuito. ORCID: 0000-0002-2640-4930. E-mail: pablo.apaez@hotmail.com

Resumen

Este es un artículo académico de corte reflexivo, el cual expone algunas razones que pudieron influir en que gran parte de la población colombiana el pasado 19 de junio del año 2022 declinara la posibilidad de apoyaran electoralmente o con su voto al candidato presidencial Rodolfo Hernández Suárez, y se decidieran por el candidato Gustavo Francisco Petro Urrego.

El documento aborda el origen del candidato Rodolfo Hernández Suárez, sus actividades comerciales, los antecedentes políticos, su actuación como alcalde de Bucaramanga, además realiza un recuento de algunas actuaciones y estrategias seguidas en la contienda a la presidencia de la república en el año 2022, también tiene en cuenta el origen independiente de su movimiento político y sus acercamientos a las corrientes políticas tradicionales como el Uribismo y otras que han permanecido en el poder de forma prolongada, y que en el documento se denominan élites políticas o establecimiento.

También, se mencionan los resultados de la primera vuelta presidencial del 29 de mayo de 2022, y la circunstancia particular del ofrecimiento de apoyo inmediato en esa fecha a la candidatura de Rodolfo Hernández por parte del candidato derrotado Federico Gutiérrez, al cual también se sumó la élite gobernante y otros líderes políticos denominados independientes, y los principales medios de comunicación.

Igualmente se hace mención de algunas inconsistencias e incoherencias del candidato Rodolfo Hernández, las cuales hacían previsible la imposibilidad de cumplir parte de lo prometido en campaña o que resultarían inconveniente de materializarse sus planes, verbigracia la lucha contra la corrupción, la estrechez del estado, el menosprecio de los trabajadores públicos como docentes, policías y embajadores.

Sumado a lo anterior, se resalta la falta de equipo de gobierno que tuviera claridad sobre las políticas públicas a impulsar por el Ingeniero Rodolfo Hernández, la escasa experiencia en las tareas de gobierno, y la posibilidad de

que terminara designando un equipo de gobierno con personas pertenecientes a la élite política y económica tradicional que ha detentado el poder en los últimos años, además la inconveniencia de mezclar el sector público con el empresarial en una especie de co-gobernanza.

Finalmente, se alude a la deficiente actuación del candidato en algunos escenarios privados y públicos que lo alejaban como referente para la sociedad colombiana, aspecto que se sumaba a un evidente desconocimiento del Estado y del contexto mundial.

Palabras claves: Elecciones, uribismo, voto popular, presidencia, político, campaña, medios de comunicación, élite política.

Abstract

This is a reflective academic article, which exposes some reasons that could influence a large part of the Colombian population on June 19, 2022 to decline the possibility of electorally supporting or voting for the presidential candidate Rodolfo Hernández Suárez, and decided on the candidate Gustavo Francisco Petro Urrego.

The document addresses the origin of the candidate Rodolfo Hernández Suárez, his business activities, political background, his performance as mayor of Bucaramanga, and also recounts some actions and strategies followed in the race for the presidency of the republic in the year 2022. It also takes into account the independent origin of its political movement and its approaches to traditional political currents such as Uribismo and others that have remained in power for a long time, and that in the document are called political elites or establishment.

Also, the results of the first presidential round of May 29, 2022 are mentioned, and the particular circumstance of the offer of immediate support on that date to the candidacy of Rodolfo Hernández by the defeated candidate Federico

Gutiérrez, who was also joined by the ruling elite and other so-called independent political leaders, and the mainstream media.

Likewise, mention is made of some inconsistencies and inconsistencies of the candidate Rodolfo Hernández, which made it foreseeable that it would be impossible to fulfill part of what was promised in the campaign or that it would be inconvenient to materialize his plans, for example the fight against corruption, the narrowness of the state, the contempt for public workers such as teachers, police officers and ambassadors.

In addition to the foregoing, the lack of a government team that had clarity on the public policies to be promoted by Engineer Rodolfo Hernández, the lack of experience in government tasks, and the possibility that he ended up appointing a government team with people belonging to the traditional political and economic elite that has held power in recent years, as well as the inconvenience of mixing the public sector with the business sector in a kind of co-governance.

Finally, it alludes to the poor performance of the candidate in some private and public settings that distanced him as a reference for Colombian society, an aspect that was added to an evident ignorance of the State and the world context.

Keywords: Elections, uribism, popular vote, presidency, politician, campaign, media, political elite.

Introducción

Este documento surge de una reflexión en los días previos a la elección de presidente Colombia para el cuatrienio 2022-2026, específicamente luego del 29 de mayo de 2022 cuando se surtió la primera vuelta presidencial, pues, en razón de que ningún candidato obtuvo más del 50% de la votación total –artículo 190 Constitución Política-, se debió surtir una segunda vuelta

presidencial el 19 de junio del año 2022 entre los dos candidatos que lograron las mayores votaciones, Gustavo Petro Urrego con 8.527.768 votos, y Rodolfo Hernández con 5.953.209.

En ese sentido, los colombianos concurrieron a la segunda vuelta presidencial el 19 de junio de 2022, a depositar su apoyo electoral, a alguno de estos dos candidatos que se consolidaron en la campaña como opción de cambio, pues atrás quedaron los candidatos que representaban continuidad gubernamental, y cuyas ideas propugnaban por efectuar algunos cuantos ajustes a las políticas públicas en curso, y no proyectaban un cambio sustancial.

Al respecto, los sondeos de opinión y encuestas señalaban que el resultado final sería cerrado o apretado, incluso se proyectaba que alguno de los dos candidatos ganaría por menos de 200.000 votos, lo cual no ocurrió, pues el actual presidente Gustavo Petro superó a su contrincante con aproximadamente 687.649 votos. Sin embargo, el periodo previo a la segunda vuelta presidencial fue de incertidumbre para el electorado, pues podría ganar Gustavo Petro, un curtido político con más de 30 años de carrera política, quien era representaban como solución a las problemáticas del país o como un salto al vacío, o Rodolfo Hernández, un político con escasa experiencia en lo público, pues únicamente había sido alcalde de una ciudad intermedia (Bucaramanga), pero debido a los temores de mucha población en relación con su contrincante, y sumado el apoyo de la élite política tradicional y de los grupos económicos se auguraba una gran opción de triunfo, incluso se daba como favorito.

Ahora bien, el entrar a auscultar la trayectoria del candidato Rodolfo Hernández generaba gran inquietud, por decir menos, y ante la alta probabilidad de que fuera el presidente de los colombianos para el periodo 2022-2026, de forma previa al día de las elecciones se redactó este documento, el cual contiene situaciones y razones que arribaron a la conclusión de que no era el candidato más idóneo y capaz para gobernar la Colombia actual. Verbigracia, su corta trayectoria pública, la información conocida a pesar del poco escrutinio público a su figura, como se puede ver a lo largo del documento.

En ese orden de ideas, este escrito constituye una memoria que consigna los principales cuestionamientos que se hacían al señor Rodolfo Hernández, y que permitían vislumbrar que no sería un presidente de cambio, y que de ser elegido terminaría defendiendo intereses creados, situación que haría mas convulsa la vida de los colombianos.

1. Algunas razones del voto popular en las elecciones presidenciales del año 2022 en Colombia.

Con fundamento en información de conocimiento público y de algunas fuentes periodísticas se constituyó este documento, en el cual se menciona de forma sucinta un perfil del candidato presidencial Rodolfo Hernández Suárez abordando su origen, actividad comercial, desempeño como servidor público, la campaña por la presidencia de Colombia año 2022, además se consignan algunos argumentos hipotéticos que permiten señalar que esta aliado con el espectro político conocido como el uribismo y el establecimiento, también algunos rasgos y comportamientos que impiden considerarlo como un ciudadano ejemplar, y tampoco como candidato de cambio.

1.1 Contexto de la segunda vuelta presidencial año 2022

Este 19 de junio del año 2022, los colombianos concurrieron a las urnas a elegir un nuevo presidente que reemplace al doctor Iván Duque Márquez quien en términos generales gobernó representando los intereses de las élites colombianas conocidas en este artículo como establecimiento, continuando con la implementación de políticas neoliberales, y con las decisiones políticas beneficiando a una minoría privilegiada a costa de las grandes mayorías. En la fecha, los dos candidatos en contienda fueron Rodolfo Hernández Suárez con formación en ingeniería Civil de la Universidad Nacional y Gustavo Petro Urrego con formación de economista de la Universidad Externado de Colombia.

1.2 Origen y actividades de Rodolfo Hernández Suárez

De forma particular, tenemos que el señor Rodolfo Hernández Suárez nació en el Municipio de Piedecuesta departamento de Santander el 26 de marzo de 1945, es empresario y ha conformado su fortuna trabajando en el área de la construcción, al punto que en la actualidad la calcula en más de 100 millones de dólares, sin embargo, a lo largo de la campaña no hizo pública su declaración de renta, a pesar de habersele realizado fuertes cuestionamientos de tener parte de la fortuna en paraísos fiscales (donde no se pagan impuestos) (Infobae, 2022).

1.3 Antecedentes políticos del candidato Rodolfo Hernández Suárez

Puede decirse que Rodolfo Hernández Suárez, llegó a la elección presidencial con una carrera política de poca trascendencia, a pesar de contar con 77 años de edad, pues inició como concejal de Piedecuesta, Santander, alrededor de los años 1990 a 1994, actividad que el mismo consideró un trabajo inútil e inocuo, y además fue destituido por la Procuraduría por celebrar un contrato con el municipio a pesar de ostentar la condición de concejal (Echeverry M.J., 2022).

Luego de lo anterior, desaparece el rastro o recorrido político del señor Rodolfo Hernández, sin embargo, se dedicó a impulsar candidaturas de otras personas a diferentes alcaldías, como lo hizo con el señor Luis Francisco Bohórquez quien fuera alcalde de Bucaramanga de 2012 a 2016, y luego contradictor ante el no cumplimiento de sus planes, situación que lo impulsó a postularse como candidato a la alcaldía de Bucaramanga para el cuatrienio de 2016 al 2019, donde obtuvo el triunfo y en el ejercicio del gobierno se hizo “famoso” por su actuación mediática y desproporcional con servidores públicos de diferentes dependencias del municipio, mujeres y contradictores políticos, construyendo una imagen autoritaria y de corte feudal o patriarcal, además su administración tuvo como sello distintivo la búsqueda de la austeridad en el gasto público “*Quitarle la chequera a los ladrones es dar un paso para acabar con la*

corrupción” (Caracol Televisión, 2022), pero muchos indicadores sociales fueron negativos, como desempleo, pobreza, inseguridad y otros (El Tiempo, 2022).

1.4 Campaña presidencial del año 2022

Con estos antecedentes Rodolfo Hernández Suárez concurre a la campaña presidencial de Colombia 2022, bajo el paraguas de un grupo significativo de ciudadanos independientes denominado “*Liga de Gobernantes Anticorrupción*” con la consigna “*No vamos a hacer alianzas*”, y en razón a su espontaneidad y brevedad en la comunicación inicio a cautivar al electorado, decidió no hacer parte de ninguna de las coaliciones políticas que participaron en la consulta presidencial del 13 de marzo de 2022, a saber; *equipo por Colombia, pacto histórico y coalición de la esperanza*. Sin embargo, valga recordar que a comienzos del año 2022 (El Universal, 2022), tuvo un primer crecimiento vertiginoso de favorabilidad en las encuestas, y de forma inmediata comenzaron algunos acercamientos con el espectro político denominado el Uribismo ([Colombia.com](#); [360radio.com](#); [Wradio.com](#), 2022), en este punto, es importante recordar que la familia de Rodolfo Hernández tiene negocios con Tomas Uribe Hijo del expresidente Álvaro Uribe, (Coronell D., 2022). Sin embargo, al hacerse públicos los acercamientos políticos, Rodolfo Hernández se estancó en las encuestas y por fortuna para él, llegaron las elecciones al congreso de la república y consultas presidenciales de marzo de 2022.

En Marzo de 2022 el sector conocido como la derecha política eligió a Federico Gutiérrez como su único candidato por la coalición Equipo por Colombia, y de forma inmediata el candidato del Centro Democrático Oscar Iván Zuluaga quien fungía decorativamente como el candidato del Uribismo declinó su aspiración presidencial y adhirió a Federico Gutiérrez. Así mismo, el expresidente Álvaro Uribe indicó que un apoyo directo del partido Centro Democrático al candidato Federico Gutiérrez podría más que beneficiar golpear dicha candidatura (Bluradio.com, 2022), por lo que se debía ayudar con cautela.

Así las cosas, se siguió la contienda electoral, y pasaron unos días de mucha publicidad por parte de los medios de comunicación en los cuales como se dice popularmente inflaron al candidato Federico Gutiérrez, sin embargo, transcurridas unas semanas se comenzó a derrumbar dicha candidatura por falta de conexión e inspiración con los ciudadanos, lo mismo sucedió con Sergio Fajardo.

En este contexto llega a la primera vuelta presidencial el 29 de mayo de 2022 donde Gustavo Petro Urrego obtiene una votación de 8.527.768 votos, Rodolfo Hernández 5.953.209, Federico Gutiérrez 5.058.010 votos, y Sergio Fajardo 888.585 votos (La República, 2022), y seguidamente el candidato Federico Gutiérrez al momento de reconocer los resultados de manera inmediata señaló que su equipo votará por Rodolfo Hernández el 19 de junio de 2022 sin ninguna condición.

Al respecto, el candidato Hernández mencionaba una y otra vez, que no haría alianzas “*Mi alianza es con el Pueblo Colombiano*”, y seguidamente señalaba que agradecía los apoyos pero no cambiaba el discurso. Sin embargo, efectuó apariciones públicas con políticos considerados ideológicamente como de centro político o no uribistas como Ingrid Betancourt, Carlos Amaya, y los hermanos Carlos Fernando y Juan Manuel Galán, también, resulta relevante señalar que los políticos Sergio Fajardo y Jorge Enrique Robledo estuvieron interesados en hacer un acuerdo programático con Rodolfo Hernández, mencionando unos puntos, los cuales tenían por objeto consolidar dicha candidatura en algunos temas, verbigracia, que tenía un equipo de Gobierno serio, el tema ambiental y los derechos de la mujer, sin embargo, no llegaron a ningún acuerdo formal, y aunque decidieron votar en Blanco no escatimaron esfuerzos para contradecir y criticar al candidato Gustavo Petro.

Así las cosas, el Uribismo que era gobierno, los integrantes del llamado equipo por Colombia (Char, Barguil, Peñalosa, Gutiérrez, Movimiento Mira), los grandes poderes económicos y la mayoría de medios de comunicación tradicionales, motivados en no ver amenazados sus privilegios y tampoco auscultadas sus actuaciones dirigieron su opinión en favor del candidato

Rodolfo Hernández, al punto que los medios tradicionales de comunicación continuaron con la promoción de la candidatura y Rodolfo Hernández no necesito hacer campaña después de la primera vuelta presidencial, pues estuvo aislado y viajando a MIAMI (donde su agenda fue manejada por el Uribismo). Además, ocultaron o minimizaron los escándalos que se ceñían sobre él, y realizaron ataques frontales el rival político como puede constatarse en el actuar para aquella época de la Revista Semana, Caracol Radio y Televisión, RCN Radio y Televisión, Blu radio, y la FM radio.

Ahora bien, ya entrando en algunos temas de campaña, se concluye que Rodolfo Hernández adoptó gran parte de los planteamientos que de tiempo atrás ha liderado su adversario Gustavo Petro, teniendo afinidades en temas agrarios, relaciones con Venezuela, la lucha contra la corrupción y otros.

1.5 Algunas situaciones que pudieron afectar la campaña del candidato Rodolfo Hernández Suárez.

Sin embargo, la biografía personal del candidato Rodolfo Hernández no ratificaba su autenticidad, sinceridad y que permita la realización de lo prometido, para el efecto se mencionan las siguientes contradicciones o deficiencias:

- » Se presenta como un candidato anti-corrupción, no obstante, en su contra se adelantan procesos penales, por el caso Vitalogic fue llamado a juicio (El Colombiano, 2022), al presuntamente actuar en la etapa de estructuración de un contrato de concesión en el cual intervenía uno de sus hijos acordando una coima o comisión, además existen audios donde el candidato solicita dineros y algunos porcentajes a eventuales candidatos a la Cámara de representantes que contaran con su respaldo a nombre del movimiento liga de gobernantes anti-corrupción (El País, 2022).
- » La visión estrecha del papel del Estado, al considerar que actúa como una empresa, desprecia el gasto público y social, y creer en la disminución del gasto público, por tanto, plantear el ahorro de dineros despidiendo

empleados públicos, y además de forma risible señalar que despediría los vagos, situación creíble, pues ya lo había efectuado cuando fue alcalde de Bucaramanga, donde no tuvo consideración con los trabajadores, así fueran sindicalizados.

- » El desconocer que los empleados públicos con su remuneración sustentan su familia, y además que el empleo público es un instrumento de justicia social, que permite redistribuir el presupuesto, mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y evitar que ante el desespero del desempleo engruesen listas de delincuencia.
- » De los docentes dijo que solo trabajaban 9 meses y que se debía verificar en que se gastaba el presupuesto de la educación, además de proponer la formación de bolsas de empleo donde se postulen los docentes para luego proceder con su contratación, desconociendo la carrera administrativa y las demás implicaciones de la labor de enseñanza, que no es solo acudir a un recinto en un determinado lapso de tiempo, sino que se debe preparar clase, coordinar el pensum, recibir formación actualizada, etc.
- » Sobre los militares y de forma específica frente a los Policías decir que se pensionan muy jóvenes y que son una carga para el Estado, consideración facilista que deja de lado que dichos servidores exponen su vida diariamente y desempeñan largas jornadas de trabajo.
- » Sobre el sistema pensional dijo que Colpensiones debe competir con los Fondos privados de pensiones, lo que ni mas ni menos significa que puede acabar el régimen de prima media con prestación definida que es el sistema que en la actualidad otorga pensión a los ciudadanos.
- » La bandera de lucha contra la corrupción no se respaldaba con la vida personal, pues contar con 77 años y no haber demostrado ninguna actuación contra la corrupción, implicaba que se estaba frente a un dicho.

- » No tener equipo de gobierno, en la medida que en los últimos tiempos llevaba escasos cuatro años en la vida política, específicamente cuando fue alcalde de Bucaramanga. Por tanto, de ser elegido debía optar por nombrar liderazgos cercanos al progresismo o insistir en los mismos tecnócratas y políticos que nos han gobernado durante los últimos años, al respecto, habían indicios de que realizaría lo segundo, pues dijo que nombraría como Ministro de Hacienda al señor Jorge Castaño quien se desempeñaba como presidente de la superintendencia financiera y que se consideraba mano derecha de los Gilinski (Coronell D., 2022).
- » Haber señalado que trabajaría de la mano con los empresarios mediante un denominado “comité de empresarios” como una especie de gabinete paralelo, quienes tendrían la facultad de vigilar entidades, supuestamente con el objetivo de prevenir la corrupción y favorecer la productividad del sector, generando intermediación entre empresas y entidades reguladoras (Washingtonpost, 2022), planteamiento que similar a como estaba funcionando las Empresas Públicas de Medellín EPM antes de ser alcalde Daniel Quintero, donde generalmente los privados obtenían ganancia y las empresas públicas pérdidas, pues se permeaba por el sector privado.
- » También, el reflejar ser una persona de comportamientos burdos, al margen que algunos simpatizantes matizaran dicha situación diciendo que se trataba de palabrotas o espontaneidad del candidato. Sin embargo, es claro que no refleja un modelo a imitar por los ciudadanos y menos para jóvenes y menores de edad, al desconocer las buenas maneras, recordando frases que fueron conocidas **en el poco tiempo que estuvo bajo la lupa de la opinión pública, como son:** “me limpio el culo con las leyes”, “los jueces son una parranda de zánganos, que llegan a las 10 a tomar tinto y comer papas chorreadas ...”, “todos son unos corruptos, vagos”, “se debe empezar a trabajar a las 6 de la mañana hasta las 5 de la tarde, con solo media hora de almuerzo”, “imagínese un pobre hombrecito pagando intereses durante 15 años: eso es una delicia”, “yo recibo a la Virgen Santísima y todas las prostitutas que vivan en el mismo barrio con ella” - Militares y familiares de Fuerza Pública- “hay que pagarles 100 millones

desde que se pensionan a los 38 años>>”, “el 7 de agosto estaré firmando la Comoción Interior para gobernar a partir de ahí por decretos”, “acuértese que la educación mas o menos con todas esas vacaciones y semanas de receso y en diciembre, eso difícilmente llega a nueve meses”, “porque pobres hay muchísimos y hay que sacarle a cada uno un poquito, y la sumatoria de eso genera un gran capital”, ¿Qué es la Ley 30, de qué habla?, “El Vichada, ¿qué es eso?”, “Están más tocadas que las prostitutas de ...”, “Yo soy seguidor de un gran pensador alemán: Adolfo Hitler ... si yo sé que fue un asesino yo sé ”, “si a los adictos les entregamos la droga gratis sea intravenosa, sea por aspiración, sea oral, pues se acabó la demanda” -sobre los bomberos- “que vamos a pagar si tenemos todos esos barrigones durmiendo todo el día”, -Elogió a Uber y desacreditó a Taxistas- “saludan al pasajero, el chofer con corbata, bien bañado, bien perfumado”, “Jueputa, le pego su tiro malparido, de la amenaza comercial yo se la hago física, hijueputa. Grabe todo lo que le da la puta gana” y otros.

- » No saber de la organización y funcionamiento del Estado, frente a lo cual algunos seguidores decían que era una virtud, y que para eso son los asesores. Sin embargo, se disiente de dicha postura, teniendo en cuenta que un presidente no es un servidor de rango inferior, y ni más ni menos se asimila a un piloto de aeronave, y por tanto, requiere actuar permanentemente de forma inmediata, y el no saber implicaba preguntar o investigar, corriendo el riesgo que el asesor no tuviera conocimiento o no defendiera el interés general. Además, porque estamos en los tiempos de la tecnología y se debe actuar de forma inmediata, a diferencia de los tiempos de Simón Bolívar cuando se desplazaba en caballo y contaba con varias horas para tomar una decisión.
- » También porque era muy probable que una vez elegido presidente se convirtiera en un funcionario del Establecimiento, es decir, favorable a quienes han gobernado y defienden intereses personales y el status quo, lo cual eventualmente conllevaría a un estallido social de grandes dimensiones, pues, muchos de los ciudadanos que lo apoyaran al considerarlo un cambio, se sentirían traicionados, y al sumarse con quienes

no simpatizaron saldrán a la calle, y en caso de ser confrontados con las fuerzas militares y de policía se generaría un caos social con múltiples violaciones de derechos humanos que fácilmente podría desembocar en una dictadura, al existir el riesgo que el conflicto se saliera de control del gobernante y fuera depuesto por sus aliados.

- » Que, para evidenciar la apariencia de lucha contra la corrupción, podría conllevar a la creación de un show mediático, donde confrontara servidores públicos de bajos rangos y que eventualmente fueran corruptos, generalizando la estigmatización respecto de todos los servidores públicos, afectando la dignidad humana y derechos laborales de los mismos.
- » Que la propuesta de prescindir de los vehículos oficiales, podría conllevar a que algunas instituciones que están contribuyendo con el mejoramiento de la condición de vida de los ciudadanos dejaran de lado su quehacer o fin misional, como ocurre con la Defensoría del Pueblo, entidades del sector agropecuario y de la salud.
- » También porque su actuar, llevaba implícitas muchas actuaciones que representan la cultura del traquetismo que se ha mantenido en el Estado colombiano en el tiempo, soportada en el conseguir dinero abundante y fácil, sin importar la forma, nutrida de elementos como la ordinariez en la expresión, y la actuación como si fuera un capataz de finca, verbigracia el presentarse en campaña al público en pantaloneta y acompañado de damas jóvenes, y exhibir cadenas de oro con crucifijo, lo cual se suma a las escenas del paseo que efectuó en YATE en la ciudad de MIAMI acompañado de dos hijos y filtradas por el periodista Daniel Coronel.
- » Además, porque se trataba de una persona que desconoce cómo funciona la comunidad internacional, y los diferentes Estados, por lo cual proponía la supresión de embajadas.
- » Finalmente, porque no se trataba de una persona instruida, lo cual se reflejaba en aspectos como no escribir artículos o libros, y no sabe leer

como lo evidencio al leer un comunicado de porque no aceptaba un debate con su contrincante.

Así las cosas, las situaciones mencionadas fueron algunas de las razones por las cuales, la mayoría del electorado colombiano decidido no apoyar con su voto al candidato Rodolfo Hernández -quien resulto con un total de 10.604.337 votos-, situación que lo llevo a perder la contienda y resultara elegido presidente de Colombia para el periodo 2022-2026 el señor Gustavo Petro Urrego con un total de 11.291.986 votos (Wikipedia, 2022).

Conclusiones

La elección presidencial colombiana del año 2022 es histórica, por diversas circunstancias como: el poco margen de diferencia entre el ganador y el perdedor, por las personalidades de los candidatos en contienda, porque la élite política y económica no lograron posicionar ningún candidato de sus afectos, la poca relevancia de los medios tradicionales de comunicación que contrasta con la importancia de las redes sociales.

Este documento señala elementos de juicio y algunas razones que posiblemente llevaron a que la sociedad colombiana no eligiera como presidente de la república al señor Rodolfo Hernández Suárez, a pesar de encontrarse enfrentado al candidato Gustavo Petro quien, por su prolongada carrera política, el rol desempeñado en los cargos desempeñados, su malquerencia por parte de la mayoría de clase política tradicional y la élite económica jugaban un rol que hacía difícil su elección como presidente.

El documento permite concluir, que electorado colombiano a pesar de la presión política y mediática, en la segunda vuelta presidencial surtida el 19 de junio de 2022 optó por respaldar al candidato con mayor conocimiento de lo público y coherencia en sus planteamientos, además dejó de lado temores contruidos.

También, debe señalarse que las contradicciones y polémicas observadas en la campaña frente al señor Rodolfo Hernández, a pesar del corto tiempo en que estuvo bajo el escrutinio público, fueron tan protuberantes que muchos de sus electores se abstuvieron de profundizar su apoyo, y le mantuvieron su respaldo justificando su elección principalmente en la necesidad de que fuera derrotado el otro candidato, lo cual no ocurrió.

También llama la atención, el hecho de que la élite política y económica no lograra posicionar ninguno de sus candidatos presidenciales, y finalmente tuvieron que plegarse al señor Rodolfo Hernández, por ser la persona que por su biografía y desconocimiento de lo público mejor podría garantizar sus intereses, o ser más fácil de controlar debido a los procesos judiciales que pesaban sobre él.

Además, se debe resaltar que el sistema electoral y democrático colombiano sale fortalecido, en la medida que garantizó las reglas de juego a los diferentes candidatos, pues previo a la elección había muchos rumores de que los resultados no se respetarían, lo cual no sucedió, sin embargo, queda como enseñanza que una democracia se construye día a día y que los ciudadanos deben estar actuantes para que se mantenga vigorosa.

A pesar de que en el documento no se profundiza el tema de las adhesiones o apoyos que sumaron los candidatos para la segunda vuelta presidencial, si se logra establecer que las principales figuras del centro político, tenían dentro de sus objetivos derrotar al señor Gustavo Petro, pues a pesar de que el otro candidato no fue activo en la búsqueda de su respaldo, dichas figuras políticas lo buscaron y algunos forzaron acuerdos políticos.

También, debe rescatarse que, en las elecciones presidenciales del año 2022, las fuerzas políticas se agruparon en coaliciones, y el resultar elegido Gustavo Petro Urrego como presidente, por primera vez de forma democrática llega al poder una persona que se denomina de izquierda.

Referencias

Infobae (18 de junio de 2022) Cómo construyó Rodolfo Hernández su fortuna y qué tan grande es. Obtenido de <https://www.infobae.com/america/colombia/2022/05/20/como-construyo-rodolfo-hernandez-su-fortuna-y-que-tan-grande-es/>

Echeverry M.J. (18 de junio de 2022) La Silla Vacía. COMO CONCEJAL, RODOLFO HERNÁNDEZ FUE DESTITUIDO POR LA PROCURADURÍA. Obtenido de <https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/como-concej-al-rodolfo-hernandez-fue-destituido-por-la-procuraduria/>

Caracol Televisión (18 de junio de 2022) Quitarle la chequera a los ladrones es dar un paso para acabar con la corrupción. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=ttPXZ75cDfQ>

El Tiempo (18 de junio de 2022) ¿Por qué pese a polémicas Rodolfo Hernández tiene tan buena imagen? Obtenido de <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/balance-de-la-alcaldia-rodolfo-hernandez-en-bucaramanga-446850>

El Universal (18 de junio de 2022) ¿Cómo le fue a Rodolfo Hernández y a Gustavo Petro en reciente encuesta? Obtenido de <https://www.eluniversal.com.co/politica/como-le-fue-a-rodolfo-hernandez-y-a-gustavo-petro-en-reciente-encuesta-XK5950624>

Colombia.com (18 de junio de 2022) Álvaro Uribe estaría estableciendo una alianza con el candidato independiente Rodolfo Hernández. Obtenido de <https://www.colombia.com/actualidad/politica/alvaro-uribe-estaria-estableciendo-una-alianza-con-el-candidato-independiente-rodolfo-hernandez-335375>

360radio.com (18 de junio de 2022) Uribismo busca acercamiento con Rodolfo Hernández e Ingrid Betancourt. Obtenido de <https://360radio.com/uribismo-acercamiento-rodolfo-hernandez/>

Wradio.com (18 de junio de 2022) La alianza entre Álvaro Uribe y Rodolfo Hernández empezó en Santander. Obtenido de <https://www.wradio.com.co/2022/01/25/la-alianza-entre-alvaro-uribe-y-rodolfo-hernandez-empezo-en-santander/>

Coronell D. (18 de junio de 2022) BUFÓN Y TRUHÁN. Obtenido de <https://cambiocolombia.com/opinion/los-danieles/bufon-y-truhan>

Bluradio.com (18 de junio de 2022) Uribismo aplaza decisión de apoyo a Federico Gutiérrez y abre la puerta a otros candidatos. Obtenido de <https://www.bluradio.com/nacion/elecciones/promesas-y-propuestas/uribismo-aplaza-decision-de-apoyo-a-federico-gutierrez-y-abre-la-puerta-a-otros-candidatos>

La República (18 de junio de 2022) Resultados Primera Vuelta. Obtenido de <https://www.larepublica.co/elecciones-presidenciales-2022/resultados-primera-vuelta>

El Colombiano (18 de junio de 2022) ¿Qué dice el expediente de Rodolfo Hernández por el caso Vitalogic?. Obtenido de <https://www.elcolombiano.com/colombia/politica/caso-vitalogic-el-expediente-que-tiene-rodolfo-hernandez-en-la-fiscalia-GB17611766>

El País (18 de junio de 2022) La nueva polémica que envuelve al precandidato presidencial Rodolfo Hernández. Obtenido de <https://www.elpais.com.co/colombia/la-nueva-polemica-que-envuelve-al-precandidato-presidencial-rodolfo-hernandez.html>

Coronell D. (18 de junio de 2022) MINGILINSKI. Obtenido de <https://cambiocolombia.com/opinion/los-danieles/mingilinski>

Washington Post (18 de junio de 2022) Rodolfo Hernández planea instaurar un gabinete paralelo de empresarios. Obtenido de <https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2022/06/16/rodolfo-hernandez-elecciones-colombia-asesor-gabinete-empresarios-entrevista/>

Wikipedia (17 de septiembre de 2022) Elecciones presidenciales de Colombia de 2022. Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Elecciones_presidenciales_de_Colombia_de_2022

**HERRAMIENTAS DE LA INTELIGENCIA
ARTIFICIAL DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL
COLOMBIANO; ESTUDIO DEL CASO
PRETORIA Y PRISMA**

**ARTIFICIAL INTELLIGENCE TOOLS WITHIN
THE COLOMBIAN JUDICIAL SYSTEM;
PRETORIA AND PRISMA CASE STUDY**

Recibido: 13 de octubre de 2022

Aceptado: 1 de noviembre de 2022

**Jonathan Snaider Torres Abril, Zayda Yoleth Silva Vásquez, Valeria
Gomez Simijaca¹**

¹ Estudiantes de la Universidad Libre Seccional Socorro, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la asignatura de Investigación III: Escuelas Metodológicas y Técnicas de Recolección de Información, del Semillero de Derecho y Nuevas Tecnologías IUS DIGITAL. Campus Universitario Majavita, Socorro, Santander. jonathans-torresa@unilibre.edu.co; zayday-silvav@unilibre.edu.co; valeria-gomez@unilibre.edu.co

Resumen

El objeto central de este trabajo es analizar la efectividad de la IA en el funcionamiento administrativo y judicial que ha tenido PretorIA en la Corte Constitucional Colombiana y PRISMA en la Fiscalía General de la nación, dentro del sistema judicial colombiano. Teniendo como objeto de estudio la efectividad de la Inteligencia Artificial -De ahora en adelante IA- en el funcionamiento jurídico y administrativo dentro del sistema judicial colombiano, enfocado en el estudio de la implementación de PretorIA y PRISMA, utilizando un método de observación descriptivo y explicativo, analizando y describiendo una situación en la cual se ha logrado hallar que la implementación de la IA busca solucionar el problema de la congestión del sistema judicial, solucionando consigo múltiples problemáticas sociales. Sin embargo, esta IA no está regulada por ninguna ley, haciendo urgente la necesidad de que se establezca un código ético o moral en el cual se basen las nuevas tecnologías que está implementando Colombia tanto en lo jurídico y lo administrativo. En la que se concluye que no están implementadas en este momento debido a que se encuentran en la fase de producción, por lo cual, su funcionamiento es ineficaz.

Palabras claves: ética del algoritmo; recolección de información; reducción de tiempos; reincidencia criminal; sistema de información inteligente.

Abstract

The central objective of this work is to analyze the effectiveness of AI in the administrative and judicial functioning that PretorIA has had in the Colombian Constitutional Court and PRISMA in the Attorney General's Office, within the Colombian judicial system. Having as object of study the effectiveness of Artificial Intelligence -From now on IA- in the legal and administrative functioning within the Colombian judicial system, focused on the study of the implementation of PretorIA and PRISMA, using a descriptive and explanatory observation method, analyzing and describing a situation in which it has been found that the implementation of AI seeks to solve the problem of congestion

in the judicial system, thus solving multiple social problems. However, this AI is not regulated by any law, making it urgent to establish an ethical or moral code on which the new technologies that Colombia is implementing are based, both legally and administratively. In which it is concluded that they are not implemented at this time because they are in the production phase, therefore, their operation is ineffective.

Keywords: algorithm ethics; criminal recidivism; data collection; intelligent information system; time reduction.

Introducción

El propósito este trabajo gira entorno a que Colombia ocupa el sexto lugar en justicia más lenta del mundo, según el informe Doing Bussines de 2011, parte de ello se debe a la sobrecarga laboral que tienen los funcionarios judiciales y lo anticuado que sigue siendo el sistema judicial colombiano en pleno siglo XXI, muchos otros países como Argentina, México y España están haciendo provecho de las herramientas tecnológicas modernas, gracias a avances en machine learning, blockchain y la aceptación que han tenido estas tecnologías. Dentro de esos grandes avances de la tecnología, se destaca la IA, “entendida como la simulación de procesos o actividades humanas llevadas a cabo por máquinas dotadas con la capacidad de razonar, planificar y aprender” (Martínez, 2019).

En este orden de ideas, dentro de los fundamentos lógicos para la realización de este, se resalta la identificación de la efectividad de la IA en el sistema judicial colombiano para determinar el cambio que este ha tenido, brindando elementos explicativos del avance del sistema judicial, resolviendo diversos problemas sociales y administrativos en la rama judicial.

Asimismo, se encuentran antecedentes la investigación titulada “Inteligencia Artificial (IA) Aplicada en el Sistema Judicial en Colombia” de los autores Gutiérrez y Flores (2020), en la que se indaga acerca de los fundamentos necesarios en los sistemas de justicia internacional para incorporar la IA,

demostrando la capacidad de reacción del sistema de justicia colombiana. Como segunda investigación, se tiene “Inteligencia Artificial aplicada al derecho”, del autor González (2016), donde se estudian los llamados sistemas expertos jurídicos -SEJ-, estos son programas informáticos desarrollados que pueden realizar el trabajo de un experto en derecho en determinada área de especialidad y que en la administración de justicia pueden fungir como instrumentos para la toma de decisiones judiciales.

1. Materiales y métodos

1.1 Desarrollo de objetivos específicos.

Para el desarrollo de la presente se emplearon métodos descriptivos y explicativos, ya que se analiza la operatividad jurídico-administrativa de la IA dentro del sistema judicial colombiano, buscando así determinar la funcionabilidad de PretorIA en la Corte Constitucional Colombiana e identificar el rango de efectividad de PRISMA en la toma de decisiones por parte de la Fiscalía General de la Nación, para finalmente comparar las aplicaciones que han teniendo estas dos herramientas tecnológicas en los sistemas judiciales de Argentina, México y España, respecto al colombiano.

1.2 Campo de aplicación y enfoques de la investigación.

Esta investigación es de carácter jurídico, pero a la vez aplicativo en el campo tecnológico, ya que estudia los aspectos jurídicos y bibliográficos, pero también genera conocimientos que se pueden poner en práctica en el sector público con el fin de beneficiar la sociedad. Además, se utiliza un enfoque de investigación mixto, ya que se acoge a los parámetros de la investigación cuantitativa utilizando la medición de fenómenos por medio de la estadística y los parámetros de la investigación cualitativa donde por medio de un proceso inductivo y recurrente, se analizan múltiples variantes o realidades subjetivas por medio de planteamientos más abiertos que van enfocados.

1.3 Recepción de datos cuantitativos.

Los datos cuantitativos fueron solicitados a la Corte Constitucional Colombiana y la Fiscalía General de la Nación Colombiana por medio de Derechos de Petición, permitiendo un mayor control e inferencia que otros tipos de investigación. Y no se presenta una dimensión temporal delimitada en estricto sentido, pues al estudiar parámetros de efectividad de la IA en el caso de PretorIA y PRISMA en el sistema judicial colombiano se marca un eje de temporalidad transversal o longitudinal que permite indicar el punto de partida que es agosto del 2018 con la implementación de Fiscal Watson.

2. Resultados

Primariamente se identifica que PretorIA y PRISMA son inefectivas, porque están en su fase de producción, fase que ya lleva cerca de 4 años. Sin embargo, gracias al análisis comparado realizado, intuye que estas implementaciones serán muy efectivas.

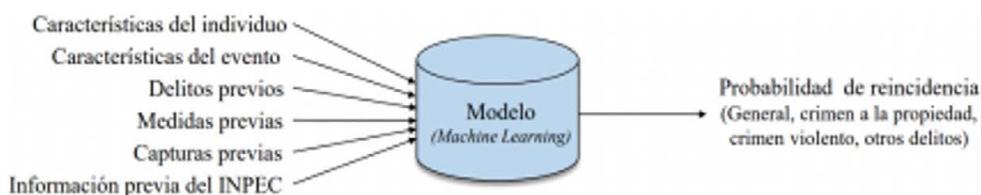
Para el caso de PretorIA, se debe rediseñar el proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional con la implementación de PretorIA, ya que suprimirá una etapa del proceso, recortando personal y estableciendo normas para su utilización. Y al ser virtual el trámite judicial se evita la tarea de escanear los archivos que integran el proceso en físico para que puedan ser analizados y guardados por PretorIA y tenga una base de datos para funcionar correctamente.

En referencia a PRISMA, es dable mencionar que se reducirían algunos conflictos sociales que en la mayoría de las veces presenta falencias al dar una equivocada privación de la libertad a las personas que no ameritan una condena de este vigor y medias de prisión domiciliaria a personas que representen alto riesgo para la sociedad. Con esto se podría estar fomentando una seguridad social y un adecuado funcionamiento de la administración de la justicia e instituciones penitenciarias. Pero, eventualmente, tiene que ser regulada esta

herramienta para admitir estos análisis asertivos y detallados como prueba que ayude al juez a precisar su sentencia.

Después de lo anteriormente expuesto, es evidente que con la implementación de la herramienta PRISMA, los jueces nacionales tendrían mayores garantías para ejercer su labor con independencia, pues dicha herramienta coadyuva a la toma de una decisión racional, objetiva e informada. Sin embargo, la herramienta solo ha sido implementada como piloto, puesto que aún hacen falta más elementos para su evaluación. Su proceso de implementación debe estar acompañado con políticas encaminadas a fortalecer la supervisión de medidas alternativas. Debido a lo anterior se podría reducir el uso generalizado del encarcelamiento preventivo y garantizar en mayor medida la aplicación real de los principios y derechos que rigen la etapa preliminar del procedimiento. Igualmente, el proceso de implementación de la herramienta debe estar acompañada con políticas encaminadas a fortalecer la transparencia de la herramienta, donde se asegure que la IA respeta el derecho a la privacidad de las personas y sus datos, donde el algoritmo (Imagen 1) está basado de un sólido marco ético, lo cual es un imperativo básico para implantar una IA de manera responsable.

Imagen 1. Modelo de predicción de riesgo de reincidencia



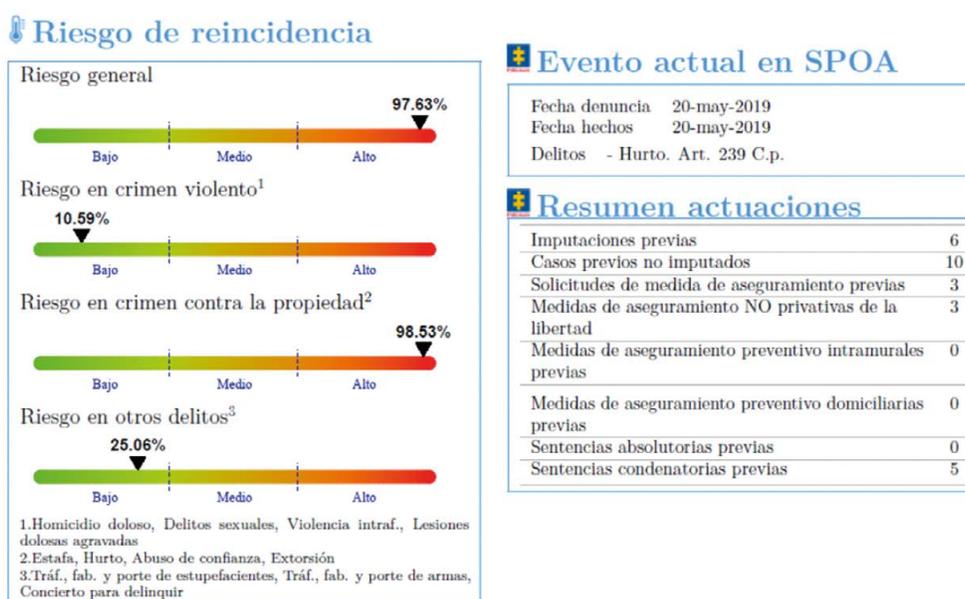
Fuente: Fiscalía General de la Nación. (2019). *Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Perfil-de-riesgo-de-reincidencia-para-solicitudes-de-medida-de-aseguramiento.pdf>

La imagen muestra el modelo de predicción de riesgo de reincidencia, en el que utilizando factores como características del individuo, características del evento, delitos previos, medidas previas, capturas y la información previas del INPEC se logra establecer la probabilidad de reincidencia.

Es por medio del anterior algoritmo que actúa el sistema de *machine learning*, facilitando la labor investigativa e instructiva de los fiscales y jueces, ya que solo deben introducir la cédula, el nombre completo, la edad, el género y los delitos que se le imputan a la persona y el sistema procederá a darle toda la información posible de la persona en materia criminal, ofreciendo un perfil de riesgo para la solicitud de medidas de aseguramiento (Imagen 2-3).

Imagen 2. Ejemplo de un perfil criminal real

Perfil de Riesgo para Solicitud de Medidas de Aseguramiento (PRiSMA)



Fuente: Fiscalía General de la Nación. (2019). *Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Perfil-de-riesgo-de-reincidencia-para-solicitudes-de-medida-de-aseguramiento.pdf>

La imagen muestra un ejemplo de como sería el perfil de riesgo para la solicitud de medidas de aseguramiento que ofrecería PRISMA al fiscal para que pueda ser utilizado para reforzar el criterio del juez a la hora de dictar sentencia.

Imagen 3. Ejemplo de un perfil criminal real

Registro Nacional de Medidas Correctivas (RNMC) (2017 - 30/11/2018)

No se encontraron registros

Historial INPEC (2008 - 28/02/2019)

Estado	En Libertad
Cantidad de ingresos	1
Días de reclusión totales	244
Cantidad de fugas previas	0
Porcentaje de eventos con sanciones	0%
Porcentaje de eventos con visitas	100%
Porcentaje de eventos con beneficios	0%

Detalle actuaciones

Noticia Criminal	F. hechos	Última actuación	Fecha	Solicita	Otorga	¿Cuál?	Condena
XXXXXXXXXXXXXX	30-abr-2012	Sentencia condenatoria por aceptación total de cargos (ejecutoriada)	28-dic-2016	No	No	NA	Sí
XXXXXXXXXXXXXX	18-may-2012	Sentencia condenatoria por aceptación total de cargos (ejecutoriada)	05-dic-2016	No	No	NA	Sí
XXXXXXXXXXXXXX	08-oct-2012	Sentencia condenatoria por aceptación total de cargos (ejecutoriada)	05-dic-2016	No	No	NA	Sí
XXXXXXXXXXXXXX	04-jun-2013	Sentencia condenatoria por aceptación total de cargos (ejecutoriada)	03-oct-2013	Sí	Sí	No privativa	Sí
XXXXXXXXXXXXXX	16-nov-2013	Preclusión (ejecutoriada) - imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal	11-jul-2017	Sí	Sí	No privativa	No

Fuente: Fiscalía General de la Nación. (2019). *Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Perfil-de-riesgo-de-reincidencia-para-solicitudes-de-medida-de-aseguramiento.pdf>

La imagen evidencia un perfil real (anonimizado), donde se puede observar la probabilidad estimada de riesgo de reincidencia criminal en cuatro dimensiones: riesgo general, crimen violento, crimen contra la propiedad y otros. Además, también se evidencia el historial del individuo que va a ser imputado.

El sistema clasifica al individuo en un rango de 0 a 100 en la que determina la probabilidad de reincidencia de un delito. Debido a lo anterior, el fiscal le presenta un informe al juez, donde se estará evidenciando el peligro o nivel de reincidencia del procesado. Esta herramienta ofrece un documento que los fiscales pueden descargar al momento de preparar la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento.

3. Discusión

3.1 Funcionalidad de PretorIA en la corte constitucional colombiana.

Antecedente tecnológico y origen de pretoria.

El 27 de julio de 2020, se dio a conocer la nueva herramienta que implementa la Corte Constitucional que es parte de un proyecto de investigación sobre el desarrollo de la tecnología para la justicia adaptada a la realidad local, esta herramienta es la adaptación de PROMETEA de Argentina en Colombia. Gracias a la efectiva implementación de PROMETEA² en Argentina, ha optado el sistema judicial colombiano por implementar tecnologías basadas en IA, en resumen, dicha herramienta denominada PROMETEA utiliza un agente conversacional y proyecta algunas decisiones que luego son revisadas y completadas por un humano. Y tiene 2 características que la hacen deseable para cualquier país, la autonomía y la velocidad.

Por su parte, PretorIA es un sistema basado en la experiencia de PROMETEA, pero con identidad propia. El IALab utilizó el Know How (Saber hacer) del equipo que desarrolló PROMETEA para darle vida a una nueva herramienta ajustada a los lineamientos de la Corte Constitucional de Colombia y conforme al ordenamiento jurídico interno. Su finalidad es ser un sistema inteligente que auxilie en la etapa de preselección de acciones de tutelas, a través de la categorización y búsqueda de información en los millones de folios que integran los miles de expedientes que son remitidos a la Corte y que deben ser analizados por ésta.

2 Es una herramienta desarrollada por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se expandió a partir de la creación del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires (IALab).

Funcionamiento de pretoria.

PretorIA clasifica las sentencias en categorías y ofrece una interfaz que permite hacer búsquedas mediante la selección de filtros, de acuerdo con las necesidades del usuario. En resumen, es un motor de búsqueda, como Google, solo que es para sentencias y donde se puede hacer la exploración por medio de palabras clave o criterios o clasificaciones. La diferencia entre una búsqueda por “palabra clave” y una por “criterio” es que en el primer caso se trata de una palabra que aparece en el texto de la sentencia, así el caso no se refiera a este tema, mientras que, en la búsqueda por categorías o criterios, el caso se refiere a un asunto de manera puntual. Por ende, con la implementación de PRETORIA se reducirían en gran medida los tiempos de búsqueda y también los tiempos de trámite, ya que los archivos de texto y PDF quedan almacenados en el sistema. Además, estos mismos archivos sirven para retroalimentar a PRETORIA, que permite la trazabilidad y auditabilidad en el proceso que realiza, es decir, un “sistema de caja blanca”. Esto nos da más confianza al saber qué es lo que sucede en el interior del sistema.

Así las cosas, dentro de las principales funciones de PretorIA están: (i) La clasificación de la información en las sentencias, de acuerdo con criterios previamente definidos por la Corte Constitucional. (ii) La generación automática de estadísticas, lo que permitirá un mayor conocimiento sobre los derechos fundamentales y el uso de la acción de tutela. (iii) La búsqueda de información por categorías clasificadas, rangos de expedientes, por número o por fechas, o por palabras clave en las sentencias.

En este orden de ideas, PRETORIA no ha entrado en producción y aún se encuentra en etapa de desarrollo, por ello no ha generado información estadística alguna. Además, el tiempo de entrenamiento de PRETORIA se ha extendido por varias fases, iniciando por la identificación y depuración de los criterios a emplear. Así, tras su identificación, clasificación y depuración, la etapa de integración en su estructura de programación ha evolucionado desde finales del año 2019 hasta el día de hoy.

3.2 Dudas éticas en los algoritmos que conforman pretoria frente a la selección de casos.

Actualmente no se cuenta con una normativa ética en la cual se tenga que basar los algoritmos que conforman estos sistemas y se hace necesario desarrollar charlas en las que se concrete estos temas en el congreso, para que, por medio de una ley, se fijen unos parámetros éticos y morales para la protección del usuario.

Este sistema tiene un algoritmo diferente a PROMETEA, porque tienen funciones y objetivos diferentes y teniendo en cuenta que trabajara con volúmenes mayores que PROMETEA, estando el sistema basado en el aprendizaje automático supervisado por un operador.

Es muy importante que esta IA que leerá, predecirá y elaborará resúmenes sobre miles de sentencias en pocos segundos esté dotada de una ética, o un código moralmente aceptable en el cual funciones, esto debido a que un ser humano tendría que despejar las incógnitas de la ecuación atendiendo criterios éticos. Pero ¿Y la IA que nos ayude? No debemos guiarnos ciegamente por un razonamiento artificial que no sea consecuente a nuestros códigos morales y éticos.

Rango de efectividad de prisma en la toma de decisiones por parte de la fiscalía general de la nación.

La ley 1955 de 2019 por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” en el artículo 147 establece que

“Las entidades estatales del orden nacional deberán incorporar en sus respectivos planes de acción el componente de transformación digital siguiendo los estándares que para este propósito defina el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. En todos los escenarios la transformación digital deberá incorporar los componentes asociados a

tecnologías emergentes, definidos como aquellos de la Cuarta Revolución Industrial, entre otros.” (Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, 2020).

Debido a la situación que se estaba presentando, la Fiscalía decide implementar una IA que constituye un activo muy indispensable ya que la ayuda a la toma de decisiones estratégicas, por consiguiente, el director de Políticas Públicas de la entidad, Daniel Mejía, presentó una herramienta (Imagen 2-3) cuyo objetivo fue adelantarse a los delincuentes, busca ayudar a los fiscales en el momento de solicitar una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimientos carcelarios, y hacer un uso más razonable de los cupos carcelarios, desde la perspectiva de la eficiencia, hacer un uso “más proporcional” de las medidas de aseguramiento intramural, intentando que estas se concentren en individuos con altos niveles objetivos de riesgo de reincidencia.

“La postura del director de políticas públicas es que la gran mayoría de casos la decisión sobre la medida de aseguramiento se basa en criterios subjetivos, cuya consecuencia genera un tratamiento dispar de casos similares y vulnera el principio de igualdad.” (Mejía, 2019)

El funcionamiento de PRISMA es la recolección de información del individuo de capturas de la Policía, procesos penales, actuaciones de Fiscalía y eventos de encarcelamiento del INPEC, predice el riesgo de reincidencia criminal de individuos que van a ser imputados. El modo de almacenamiento de toda esa información es por medio de la herramienta tecnológica (machine learning), una IA que realiza un análisis avanzado, incluyendo aprendizaje automático que agrupa distintas clases de algoritmos, entre ellos, algoritmos de aprendizaje supervisado, aprendizaje no supervisado y aprendizaje reforzado, para interpretar situaciones y automatizar decisiones. Dicha herramienta triangula los datos de la Fiscalía (SPOA), Policía (SIEDCO) y el INPEC. En menos de 5 segundos la herramienta brinda a los fiscales anotaciones y antecedentes criminales, con el fin de solicitar medidas de aseguramiento

intramural, pronostica la probabilidad de reincidencia, dada las características del individuo.

Algoritmo de prisma

No obstante, en el código de procedimiento penal en el artículo 308 establece las tres causales que los fiscales deben sustentar ante el juez de control de garantías, para que él pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, los requisitos son: (i) Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. (ii) Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. (iii) Que resulte probable que el imputado no comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia.

En muchas ocasiones los fiscales se basan en el numeral 3 de dicho artículo, así que la solicitud que hace el fiscal de la medida de aseguramiento y la decisión de otorgar por parte del juez, se basan, en esencia, en predicciones hechas con información, es por eso que con la implementación de PRISMA en la recolección y utilización de los datos disponibles de la Fiscalía, Policía e INPEC, arrojaría resultados medibles y predicciones que facilitan, en principio, la función judicial, garantizando así el principio de igualdad e imparcialidad. Como se mencionó anteriormente las medidas de aseguramiento intramural, deben concentrarse en individuos con altos niveles de riesgo de reincidencia. Por eso con la implementación de PRISMA se trata de reducir los errores que se cometen en las audiencias de solicitud de medidas de aseguramiento, tales como: (i) Conceder medida de aseguramiento intramural a un individuo que no representa un peligro para la sociedad y que presenta un riesgo bajo de reincidencia criminal. Con esto se estaría encarcelando injustamente a una persona. (ii) No otorgarle la medida preventiva en centro carcelario a una persona con alto nivel de riesgo de reincidencia, con eso se estaría afectando la seguridad de la sociedad. Si se logran disminuir los porcentajes de los dos errores, se podría estar asignado eficazmente los cupos carcelarios, debido a que reduce los índices de hacinamiento.

Posibles problemas de análisis de riesgo por parte de prisma.

Las falencias que se pueden encontrar en la herramienta son: (i) No se sabe en la transparencia de datos, algoritmos, esto debido a que no es conocimiento público el margen de error que posee el sistema. Lo cual puede conllevar a una discriminación indirecta, como el caso de dos personas pueden tener los mismos datos relevantes, como número de condenas y tipo de delitos, pero son tratados de manera diferente (como por ejemplo dos acusados cometiendo el mismo crimen, pero uno obtiene una probabilidad más baja que el otro) por ejemplo, que la herramienta pueda tener prejuicios sobre las personas pobres como delincuentes reincidentes en el doble de casos que las personas adineradas. Lo anteriormente mencionado se fundamenta tomando en cuenta la experiencia internacional en EEUU con el famoso programa COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), el caso Loomis, “Acusado de huir de la policía y usar un vehículo sin autorización de su dueño, a Eric Loomis le cayeron seis años de prisión y cinco de condicional porque Compás estimó un riesgo alto de reincidencia. Loomis recurrió, alegando que su defensa no podía rebatir los métodos de Compas porque el algoritmo no era público” (Berchi, 2020). (ii) PRISMA se aleja de los factores externos que fundamentan los estudios de prevención situacional. Los problemas con este tipo de mediciones es la determinación del delito que lleva a concluir que hubo reincidencia. Por ejemplo, una persona puede entrar al sistema carcelario luego de haber sido condenado por hurto y, al mismo tiempo, tener antecedentes penales por un caso de inasistencia alimentaria. En este caso, si bien hay antecedentes y podría considerarse que la persona es reincidente, no parece haber relación alguna entre una y otra conducta. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que los antecedentes a efectos de agravar la pena e imponer medidas de aseguramiento, deben estar relacionados con la conducta que se está juzgando. (iii) El sistema no analiza factores psicológicos o de comportamiento del individuo. Respecto a lo anterior puede surgir el interrogante ¿Qué se puede hacer para que la herramienta sea totalmente transparente? En lugar de transparencia, se debería hablar sobre qué información necesitan los ciudadanos para poder interactuar con la tecnología de una forma digna. “Hay datos legítimos, no ocurre nada

malo con esos datos, pero debido al miedo a la discriminación basada en esos datos, las personas piensan que no deberían hacerse públicos.” (Palasí, 2019) Desde este punto de vista, ocultar información no es una forma de abordar los problemas o los errores que las personas puedan cometer con respecto a los demás. Para una sociedad digital democrática, no es un procedimiento correcto ni en sentido ético ni digital. Normalmente las personas creen que la ética se puede programar como un código, sin embargo, la ética requiere un proceso y una forma de pensar que las máquinas no pueden reproducir. Sin embargo, el filósofo sueco Nick Bostrom aconseja integrar valores a las IA que con el transcurrir del tiempo van aprendiendo y se independizaron de los humanos. Debido a lo anterior, la Comisión Europea adoptó una serie de principios éticos que tienen como objetivo buscar beneficios para toda la sociedad, respetar la privacidad de los datos, entre ellos están:

“(i) Los sistemas desarrollados de la IA deben estar bajo la supervisión humana. (ii) no discriminación y equidad. Los sistemas de IA deben considerar las habilidades y requisitos humanos, garantizando la accesibilidad de todos. (iii) **Transparencia**. Garantizar la trazabilidad de los sistemas de IA” (Parlamento Europeo, 2019)

Según datos proporcionados por la fiscalía general de la Nación, el uso de PRISMA podría “disminuir el número de delitos cometidos por reincidentes en un 25%, reducción de un 36% del número de personas que son cobijadas por detención intramural cada año, si no se impusiera la medida al 10% menos riesgoso.” (Estrategia, 2019) Es pertinente, tener en cuenta que siempre la decisión final recae en el juez, el criterio que le arroja la herramienta PRISMA es solo una guía de apoyo al juez para la toma de una decisión más precisa en el riesgo de reincidencia.

3.3 Dilemas sociales frente a la implementación de la ia en los sistemas jurídicos y administrativos; una visión globalizada.

Durante muchos años, centros de investigación como la OCDE, el Foro Económico Mundial y la UNESCO han estado discutiendo los posibles riesgos

de adoptar e implementar ciertas tecnologías. Estas preocupaciones advierten de la urgente necesidad de avanzar en medidas preventivas regulatorias y técnicas para reducir los riesgos para la seguridad, los derechos y la libertad de todas las personas, especialmente en la inteligencia artificial (IA), donde la capacidad de los algoritmos y las máquinas no solo puede realizar tareas de forma autónoma, pero en el futuro, podrán “aprender”, discernir y tomar decisiones, y la tecnología actual ha demostrado que esto es absolutamente factible y práctico.

La IA ha avanzado mucho recientemente, lo que ha llevado a los gobiernos a regular las aplicaciones con los más altos estándares éticos en beneficio de la humanidad procurando mitigar los riesgos de los desarrollos generados y puestos en función de esta. Prueba de ello es la prohibición francesa, que restringe el uso de la IA para mapear el patrón de resultados judiciales en función de la identidad del juez; por otro lado, Colombia, que no tiene regulaciones normativas, ha introducido el Marco ético en su versión para discusión, esto sienta las bases para el primer paso de futuras regulaciones.

Los problemas más conocidos a nivel mundial de la IA se reducen en un reto de los gobiernos, los abogados y las compañías para buscar un adecuado equilibrio en el uso de la misma, ya que esta no se puede reducir o convertir en un obstáculo para el trabajo judicial, al contrario, debe tener como principal meta la protección de los derechos y de las garantías de cada ciudadano y así mismo encargarse de llegar a la mayor parte de la población en la debida defensa de esos derechos que les corresponde como seres humanos, además esta accesibilidad debe ser de forma responsable, económica y además debe ser rápida en los procesos de protección de las garantías sociales.

El impacto potencial de esta tecnología en la justicia puede explorarse considerando los problemas que plantea la tecnología de la información ya utilizada (como la gestión de casos y los sistemas de archivos electrónicos). En Inglaterra y Gales, un simple error de cálculo en el formulario oficial del caso de divorcio resultó en un error de cálculo de la pensión alimenticia en 3.600 casos en 19 meses. El problema no es el error en sí, sino el hecho

de que el Ministerio de Justicia y la persona que llena el formulario no han descubierto la causa del error durante tanto tiempo. Los usuarios técnicos tienden a centrarse en las interfaces y herramientas que hacen posible el uso de sistemas técnicos, más que en su trabajo interno.

Dilemas sociales de la IA vistos de forma globalizada se resumen en la falta de Credibilidad de sus decisiones, en muchas ocasiones sus criterios son muy vagos, además no hay incentivos suficientes para aplicarlos y tampoco prevén ningún mecanismo de supervisión por las instituciones de la UE o de los estados miembros, pero solo la confianza y la aplicabilidad facilitarían una adopción a gran escala de la IA en los sistemas judiciales y administrativos capaz de transformar radicalmente estos sectores.

Hoy en día es muy difícil poder dar respuestas basadas en la ética a las cuestiones que presenta la IA, es por esta razón que el parlamento Europeo, está redactado un documento llamado ***ETHICS GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY ARTIFICIAL INTELLIGENCE***, la finalidad de este texto es establecer las directrices para el desarrollo y la mitigación de los dilemas sociales en el sistema de la IA en el ámbito de UE, se ha hablado de que se deben cumplir con tres requisitos que son, la legalidad, la ética y que sean robustos.

La IA está llena del debido potencial para ser utilizada en beneficio del bien común y la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible, al ser utilizada en la solución de muchos problemas sociales críticos de la humanidad, este uso también desata diferentes preocupaciones, algunas de ellas como ya han sido mencionadas, como la violación a los derechos humanos tales como la libertad de expresión, el derecho a la privacidad, a la debida protección de los datos personales y un dilema más preocupante es que la violación de estos derechos puede desatar la discriminación. Los sistemas judiciales que están en proceso de la aplicación de esta herramienta están siendo estudiados por el poder judicial, las fiscalías o los propios ministerios públicos con el fin de acabar con esos problemas sociales que se presentan.

Una de las principales preguntas es si la IA reemplazará a muchas personas en sus empleos como lo ha venido haciendo en sectores tales como el de la automoción o la industria, es por eso que se dice que se continuará haciendo con intensidad en los próximos años, sin embargo en países tales como en España estudios han revelado que su impacto no será tan significativo hasta en el 2030, cuando uno de cada tres empleados ya no lo desempeñaron un trabajador sino que estará totalmente a cargo de una máquina.

La IA destruye puestos de trabajo, especialmente trabajos poco cualificados. Pero al mismo tiempo se generarán puestos relacionados con el mantenimiento y programación necesarios para desarrollar adecuadamente el sistema manual. Estos puestos, sin duda, serán más cualificados y se cubrirán con datos personales relacionados con una licenciatura en informática. El miedo a la destrucción de puestos de trabajo asociado con la introducción de máquinas no es nuevo. A principios del siglo XIX, un movimiento liderado por artesanos británicos (ludismo) se rebeló contra los nuevos inventos propiciados por la industrialización, como la máquina de hilar industrial, que amenazaba su desempleo. Los luditas destruyeron máquinas e incendiaron fábricas, pero no lograron evitar el imparable proceso de industrialización.

4. Conclusiones

Luego de la investigación se llegó a concluir de forma general que el hecho que el gobierno colombiano quiera implementar estas herramientas basadas en IA en los órganos judiciales evidencia la necesidad de ponerse al día en cuanto a tecnología se refiere, para que los tribunales y jueces puedan dictar sentencias de manera más rápida y eficaz con PRETORIA en la Corte Constitucional y ser más asertivas las sentencias que condenen a personas reincidentes haciendo un análisis socio jurídico con PRISMA en los informes presentados por la Fiscalía. Sin embargo, el problema es que estas herramientas llevan años en su proceso de producción, lo cual no se hace extraño que aún tengamos que esperar algunos años para que una nueva generación de jueces y abogados

se beneficie de estas herramientas³ Y se debe aclarar que esto era inevitable ya que muchos otros órganos jurídicos están optando por implementar estas herramientas, como la Corte Internacional de Derecho Humanos. La IA debe tener un equilibrio en su uso y esto se convierte en el principal reto de los gobiernos y de los abogados para conseguir el verdadero fin de esta herramienta, basados en la ética y en la búsqueda de soluciones a los diferentes dilemas sociales que se presentan a través de su aplicación, estos criterios de decisiones deben estar sujetos a credibilidad y en ningún momento pueden ser vagos o insuficientes para ser aplicables. Por otro lado, debe estar compuesta por muchos potenciales para poder ser utilizado en pro del beneficio del ser humano y la solución de conflictos sociales críticos, poniendo en primera instancia la protección de los derechos humanos y el bienestar social de la población mundial, en ningún momento la IA puede interrumpir en el correcto funcionamiento de los sistemas judiciales, en su lugar debe tomar como principal pilar la honestidad y los principios éticos establecidos dentro de los gobiernos que han llevado a cabo su aplicación.

Referencias

Carrillo RE. 2022. Impacto de PretorIA en la elección normativa del juez constitucional dentro del marco jurídico colombiano (Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho). Bucaramanga: División de Ciencias Jurídicas y políticas, Universidad Santo Tomás; 122 p.

Gutiérrez J, Flores I. 2020. Inteligencia Artificial (IA) Aplicada en el Sistema Judicial en Colombia. *Derecho y Realidad*, 18(35): p. 53-80. DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n35.2020.9638>

Moreno N. 2019. ¿Efectivización de los cupos carcelarios?: aproximación al Sistema Prisma de la Fiscalía General de la Nación (Trabajo de grado – Pregrado). Bogotá: Universidad de los Andes; 59 p.

3 Hacemos referencia a los abogados de la nueva generación que se vincularon al estudio jurisprudencial que será más asertivo y rápido gracias a la ayuda que le brinda al juez a la hora de buscar precedentes. Haciendo que se enriquezca el archivo de la Corte Constitucional.

Rincón Erick, Martínez V. 2020. Las Decisiones Judiciales en el Mundo de las TIC: Inteligencia Artificial Aplicada a las Decisiones Jurídicas. Colombia: Editorial Universidad del Rosario; 4 p.

Rivera S, Del Sol V. 2019. Racionalización de la detención preventiva en Colombia mediante instrumentos de evaluación del riesgo: un análisis a la herramienta PRISMA (Trabajo de grado – Pregrado). Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia; 91 p.

Rodríguez J, Flores J, Alvarado y, Alba G. 2020. La dificultad analítica del rezado temporal en la denuncia y su relevancia en el análisis de los índices de criminalidad en Colombia (2005-2018). *Criminalidad*, 62(3): p. 49-64. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26446>

Salazar V. 2020. Estrategias para la racionalización de la detención preventiva en Colombia: un análisis del instrumento PRISMA. Colombia: Editorial: Universidad Externado de Colombia; 118 p.

Zamora F, Núñez J. 2006. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 1. México: Editorial UNAM; p. 791-823

Samacá A. 2016. Inteligencia artificial aplicada al derecho (Tesis). Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás: 72 p.

Miró F. 2018. Inteligencia Artificial y justicia penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Derecho penal y Criminología*, 3(20): p. 87-130.

Martínez A. 2019. La inteligencia artificial, el big data y la era digital: ¿una amenaza para los datos personales? *La Propiedad Inmaterial*. (27): p. 7. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n27.01>.

Conforti F. 2020. Resolución de conflictos online, Ed. 1. España: Editorial Lorca; p. 15-67

Fernández M, Sarmiento A. 2020. La aplicación de la inteligencia artificial en el derecho penal: consecuencias éticas y jurídicas frente a la medida de aseguramiento (Tesis). Bogotá: Universidad de los Andes; 51 p.

Saavedra V, Upegui J. 2021. PretorIA y la automatización del procesamiento de causas de derechos humanos, ed. 1. Colombia: Editorial Dejusticia; 55 p.

CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y DERECHO AMBIENTAL

SOCIAL CONSTITUTIONALISM AND ENVIRONMENTAL LAW

“Apertura al compás de la conciencia”

Recibido: 19 de septiembre de 2022

Aceptado: 5 de diciembre de 2022

Alexis Peña Fernández¹

¹ Abogado de la Universidad de Antioquia, Colombia; especialista en Derecho Constitucional, especialista en Derecho Procesal, catedrático universitario, estudiante de los cursos regulares IV ciclo de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires Argentina. abogadoalexispena@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-9659-4023>.

Abstract

This is an article for reflection that aims to expose how the anthropocentric idea of Law has changed to the new biocentric paradigm, which according to Robert Lanza (2014) defines that death is an illusion, since it is life that creates the universe and not on the contrary, since space and time do not exist linearly, so death cannot exist in a real sense. For the above, a historical account of the normative evolution regarding the vision and the rights of the environment is made, from the Roman State to the development in the 20th century constitutions in the western hemisphere. In addition, it analyzes a case studied by the Constitutional Court on the exploration of mining in Colombia and the protection of the environment and shows the conflicts faced by the philosophy of the Social Democratic Constitutional State of Law, which seeks welfare for all by sacrificing somehow the economic development of a country. In conclusion, despite the fact that there are various constitutional norms for the protection of the environment, variables are not effective due to their cost and the interests of the capitalist system. The question then arises about how to take advantage of nature's assets without deteriorating or extinguishing them and what to do when they end?

Key Words: human rights, social rights, environmental law, mining, progress.

Resumen

El presente es un artículo de reflexión que pretende exponer cómo ha cambiado la idea antropocentrista del Derecho al nuevo paradigma biocentrista, el cual según Robert Lanza (2014) define que la muerte es una ilusión, pues es la vida la que crea al universo y no al contrario, dado que el espacio y el tiempo no existen de forma lineal, por lo que la muerte no puede existir en un sentido real. Para lo anterior, se hace un recuento histórico de la evolución normativa respecto de la visión y de los derechos del medio ambiente, desde el Estado romano hasta el desarrollo en las constituciones del siglo XX en el hemisferio occidental. Además, se analiza un caso estudiado por la Corte Constitucional

sobre la explotación de la minería en Colombia y la protección al medio ambiente y se exhiben los conflictos a los que se enfrenta la filosofía del Estado Constitucional Social Democrático de Derecho, el cual pretende el bienestar para todos sacrificando de alguna manera el desarrollo económico de un país. En conclusión, pese a que existen diversas normas constitucionales para la protección del medio ambiente, éstas no son efectivas en razón a su costo y a los intereses del sistema capitalista. Surge entonces la pregunta sobre ¿cómo usufructuarse de los bienes de la naturaleza sin deteriorarlos o extinguirlos y qué hacer cuando estos se acaben?

Palabras claves: derechos humanos, derechos sociales, derecho ambiental, minería, progreso.

1. Reseña Histórica del Surgimientos de los derechos individuales y sociales

El imperio Romano fuente principal del derecho civil tenía figuras jurídicas para casi todos los casos; llama la atención la Res Pública, *res publicae usi destinatae* que, si bien era un bien susceptible de protección podría asimilarse a un derecho social al medio ambiente; estaban fuera del comercio los ríos, riveras y hasta el flujo de las mareas, el mar, el aire (Jors, 1937).

Es así como, según Rabinovich (2001), los romanos llamaban “*questiones jurídicas* del mundo circundante no humano; es decir, de los accidentes geográficos, (montañas, playas, entre otros), los recursos naturales (el agua corriente, la lluvia, el fuego, etc.)” (p.229), resaltando cómo los humanos le han dado importancia a todas las cosas que los rodean y que hacen parte integral para su subsistencia, tomando medidas de protección para esos recursos naturales.

El romanista Lozano y Corbi citado por Sarmiento (2006) en el texto *Las acciones populares en el derecho privado colombiano* alude a las acciones que existían para proteger lo público entre ellas estaba la “Actio deefussis

et deiectis” (p.87), tal acción estaba instituida para garantizar la seguridad de las calles en ciudades; el Pretor otorgaba esta acción en contra de quienes derramaban o arrojaban líquidos o sólidos causando daño a las cosas o herida o muerte a un hombre libre; con esto se podría hacer una analogía a nuestra época, a la protección del medio ambiente por contaminación.

De igual manera, cita el autor la acción “actio de possetis et suspensis” (p.52), que se concedía a quienes suspendieran o colgaran objetos como letreros o materas fuera de las casas habitadas por ellos, con el consiguiente peligro de que pudiera caer a la vía pública sobre los transeúntes; esta acción no buscaba reparación de un daño realizado, sino la prevención del daño eventual o contingente. La protección antes descrita tenía dos indicaciones: una era cuidar el espacio público de contaminación para una sana convivencia y la otra era de carácter cautelar.

Por consiguiente, no ha sido nada novedoso la protección de lo público, pues como queda demostrado desde el Imperio Romano se preocupaban por dichos asuntos para obtener una sana coexistencia entre las comunidades que se agolpaban en las crecientes ciudades.

En la época actual, las razones son por deterioro de estos bienes jurídicos colectivos y por la escasez de los recursos que exigen un pronunciamiento de protección por parte del Estado, generando choques de intereses entre las comunidades y las empresas, poniendo en una balanza el desarrollo económico y la salud pública. Pero es paradójico que sin existir en el imperio romano lo que hoy se conoce como derechos humanos o derechos sociales, ya existiera en ese periodo histórico un orden jurídico para su protección sin invocarlos, que, en última instancia, redundaba en el mismo fin.

Solamente hasta el inicio del constitucionalismo en la historia, que se explicará más adelante, se puede tomar nuevamente la idea de la defensa de lo público, no sin antes mencionar que las bases del desarrollo evolutivo de dichos derechos llamados de segunda generación (sociales y culturales), fue la lucha ardua entre el poder y los súbditos, los cuales crearon límites al abuso de autoridad

consignados en documentos; es lógico pues deducir que las normas de derecho no surgen por espontaneidad reconocida por los poderosos, siempre existe un proceso previo que nace en los pensadores de la época, que crean conciencia sobre lo humano.

El pensamiento religioso Judeo cristiano ha cumplido su tarea en la historia al disertar sobre los derechos del ser humano, como lo fueron las ideas de respeto sobre la vida que por primera vez aparece en el texto sagrado de los *Diez Mandamientos*.

Uno de los primeros escritos religiosos que tenían a su vez fuerza jurídica, fueron los Concilios Católicos, que se realizaron entre el año 589 al año 704 d. C, en especial el Concilio de Toledo del año 681, el cual contenía derechos y mecanismos de protección de las libertades; como menciona el autor Jose Orlandis (1974), en su texto *Historia de la Iglesia, “la España Visigoda”* que a continuación se transcribe:

El Concilio XII se reunió durante los días 9 al 25 enero de 681, bajo la presidencia del primado S. Julián. El concilio promulgó 13 cánones que versaron sobre cuestiones políticas y eclesiásticas. Dos años más tarde se reunió el Concilio XIII en la iglesia de los S. Apóstoles. Estuvieron en él casi todos los obispos del reino. El concilio tuvo gran importancia política, por los asuntos propuestos en el tomo regio y las decisiones que adoptó: concedió una plena amnistía a los complicados en la rebelión del Duque Paulo contra Wamba y sus descendientes, y a cuantos hubieran incurrido en infamia desde el reinado de Chintila; concedió también una amnistía fiscal por todos los tributos atrasados hasta el comienzo del reinado de Ervigio; frente al arbitrio real, otorgó garantías procesales para los miembros del clero y del Oficio palatino; dictó medidas protectoras para los familiares del rey Ervigio y promulgó varios cánones sobre disciplina eclesiástica. (p.192)

De lo anterior puede deducirse que se para la época se relatava la concesión de derechos y ciertas garantías judiciales, las cuales eran leyes del reino, por ser la religión oficial de la época.

Para el año 1073 a 1075, la nobleza Sajona se revela contra las órdenes dictadas por el Papa, en la publicación del *Dictatus Papae* de Gregorio VII, que ponía al Papa por encima del rey, lo que conllevó a una separación del poder espiritual entre los asuntos de gobierno; la iglesia no tuvo más remedio que hacer concesiones a los nobles para evitar la separación y lograr nuevamente legitimidad con sus gobernados, por lo que se avizoraban desde allí cambios importantes, para el reconocimiento de derechos.

Con la muerte de Oton III entra en crisis el imperio romano germánico, el poder de la iglesia se diluye constituyéndose los territorios en feudos difíciles de controlar.

Los territorios federativos crean sus propias reglas internas, entre ellas se presenta una concesión de fueros, entendidos éstos como un *agujero de poder*, lo que le impedía al emperador ejercer poder alguno; por ésta razón, se crearon luego leyes especiales como en el caso de la *Carta Magna de Leonesa* en España, que reconocía la protección del ciudadano, de sus bienes contra el abuso del poder de los nobles y de la Iglesia, limitando de esta manera el poder absoluto; leyes que posteriormente fueron copiadas por el resto de los países. Otro de los documentos históricos más notables fue la *Carta Magna* inglesa, del año 1215, en la cual los nobles Barones imponían límites al poder del gobernante y adicionaban mecanismos para garantizarlos (Manili, 2016).

El mismo autor, menciona que solo hasta el año de 1628, el 7 de junio, nuevamente los ingleses representados en la Cámara de los comunes y lores, expiden una carta de petición de derechos *Petition of Rights*, para que se les reconozcan más derechos a los ciudadanos, en razón a las arbitrariedades que cometía el Rey a causa de los problemas económicos por los que pasaba el reino; éste exigía el cobro de impuestos exorbitantes y su no pago se castigaba con la cárcel.

En respuesta a esta opresión nace el *Habeas Corpus* (puesta inmediata a disposición judicial por supuesto error legal en la detención). Para el año 1689 nace otro documento importante en el surgimiento de la organización

del Estado, la declaración de la lista de derechos “*Bill of Rights*” que concede atribuciones para las elecciones del parlamento inglés (Manili, 2016).

Tales ideas inglesas fueron madurando luego en el nuevo mundo, América era un territorio de inmigrantes con deseo de libertad; un documento importante fue la declaración de Virginia del 12 de junio 1776, el primer paso para reconocer una constitución que establece que el poder proviene del pueblo. Es el reconocimiento de los derechos individuales y la división de poderes que se reproduce en los demás estados de la unión para la creación de los Estados Unidos de América; esta misma visión del mundo político constitucional se da en Europa, en 1789 con la revolución francesa y la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, que deja plasmada la función del Estado con una actividad pasiva de poder y una forma democrática de elección (Manili, 2016).

Con la conformación de los estados constitucionales proliferaron los derechos individuales, y dos siglos después crecieron las ciudades y con ellas los descubrimientos industriales que revolucionaron aquella sociedad con nuevas formas de trabajo, ocasionando conflictos que había que reclamar en conjunto, pues afectaba a todas las personas que se veían perjudicadas en sus intereses económicos y culturales. Ya para principios del siglo XX se vio la necesidad de incluir en las cartas magnas de los estados, derechos sociales, económicos y culturales, y garantías como el recurso de amparo; situación que quedó plasmada para la historia por primera vez en la constitución mexicana de Queretano.

Todos estos nuevos reconocimientos de derechos respondían a las necesidades creadas por la era industrial que modificó las formas de vivir, la salud, la vivienda, la protección de los más vulnerables, el medio ambiente; y se pasó de una actividad pasiva del Estado a exigirle a éste una acción intervencionista de las mejoras de calidad de vida de los ciudadanos.

Se le pide al Estado que intervenga en la economía, ya no es dejar hacer o dejar pasar los hechos económicos, es controlar la actividad de forma tal que se haga de manera justa distribuyendo los recursos en pro de todos y en especial

de los más débiles, lo que conlleva a nuevos desafíos jurídicos como hacerlo en forma equitativa, sin afectar las libertades que se habían reconocido en la teoría individualista de los derechos, pues cuando se le quita a uno para darle a otro, se debe tener una manera razonada para justificarlo.

El primer país europeo en adaptar este nuevo modelo de Estado fue Alemania, en la Constitución de Weimar de 1919, siendo relevante el partido Social demócrata alemán, quien medió entre los empresarios y los trabajadores para establecer cláusulas económicas en el manejo de la propiedad, salarios, uso de los recursos y la salud en favor de la dignidad del hombre, exigiendo al Estado propender por la defensa y promover su realización de manera colectiva, brindando las garantías para su protección.

En palabras del profesor Bidart Campos (1999) el rol del Estado frente a la libertad “[...] no puede quedar totalmente a merced del mercado irrestricto y de la competencia absoluta e irrefrenable, porque hay facetas de la libertad, de la igualdad y de los derechos que no tienen cabida ni deben tenerla en el mercado” (p.73).

Lo que caracteriza al Estado Social es la necesidad de la procura existencial, que exige unas políticas activas, que intervengan en el cumplimiento de los destinos de los individuos, creando los medios y oportunidades para el desarrollo del plan del proyecto de vida de los asociados, sin menguar sus libertades, y su característica es la democracia, pues no se puede concebir un Estado social sin la defensa de los elementos que componen en esencia el respeto por las libertades individuales.

Se refleja este nuevo modelo de Estado de Bienestar en el derecho público; pues las normas como expresión del poder deben ser el reflejo de una colectividad-sociedad-, no de intereses individuales como sí sucedía en la etapa primigenia del derecho constitucional. Fruto de este ejercicio de las discusiones entre intereses individuales y colectivas que se susciten, al Estado le corresponde morigerar de manera razonada para calmar las tensiones y elegir lo mejor para todos, lo que implica de alguna manera sacrificio de libertades individuales,

aplicando el principio de proporcionalidad menos gravoso y menos lesivo que afecte las libertades individuales.

Al respecto el profesor Pablo Luis Manili (2005), en el texto coordinado por él *Derecho Procesal Constitucional* manifiesta que desde su origen el derecho constitucional se ha preocupado por la protección de los derechos humanos, y en su estructura jerárquica los incluyó al inicio como derechos fundamentales, convirtiéndose este aspecto en la caracterización esencial en el desarrollo del constitucionalismo mundial; menciona además, que a mediados del siglo XX se incluyeron los derechos sociales, los derechos difusos o de incidencia colectiva, los cuales se complementaron con mecanismos procesales específicos para hacer efectivos estos derechos, por tal fenómeno histórico en el derecho es que ahora se sostiene, por parte de ciertos tratadistas, que existe el derecho procesal constitucional.

Pese a la existencia de los derechos humanos en el orden internacional y las garantías para protegerlos, su dificultad ha radicado en la voluntad de los mismos estados en respetar y acatar los preceptos, pues mientras se tenga una discrecionalidad por razones de orden político, es difícil su materialización, de allí la importancia de la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos que se acogen en las constituciones.

La protección de los derechos humanos y sociales implica zanjar las desigualdades y brindar mayor bienestar, pero ellos tienen costos monetarios, cualquier derecho, entiéndase negativo (no precisan acción estatal) o positivo (precisan acción estatal), consagrado en las constituciones, es tan importante como los recursos que se destinan para hacerlos efectivos y su financiación debe ser afrontada por los ciudadanos para su cabal cumplimiento por medio de impuestos e intervención de libertades individuales, lo que implica reconocer que no todos los derechos son absolutos y que son susceptibles de ser limitados e intervenidos mínimamente para su cumplimiento (Holmes y Sustain, 2014).

2. Legislación de Colombia sobre el medio ambiente

Los derechos consagrados en las constituciones sociales, como es el caso de Colombia que se enunció solo hasta el año de 1936, no quiere decir que fue real su aplicación, pero trajo consigo nuevos desafíos; a pesar de ello, solo en la Constitución colombiana de 1991 continuó este modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, se establecieron principios de características amplias respecto de la protección a la naturaleza que luego se desarrollarían por el Tribunal constitucional colombiano.

Por tener éste Tribunal una característica de control concentrado como órgano de cierre, que permite que la jurisprudencia emanada sirva de soporte al ordenamiento jurídico y sus jueces de inferior jerarquía puedan operar con base en dichas sentencias; ese precedente judicial se constituye como obligatorio, los jueces de este alto tribunal son llamados como guardianes de la Constitución, y ante la ausencia de legislatura por parte de los miembros del congreso ellos asumen un papel de activismo judicial, reglamentando materias exclusivas del legislativo; atribuyéndose la característica de legislador positivo, muy discutible por cierto por la intromisión de poderes; pero llenan con la jurisprudencia esos vacíos, y dejan reflejadas sus tendencias a la protección del medio ambiente similares al paradigma filosófico de la teoría biocentrista.

La Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia C-595 del año 2010, con ponencia del Mg. Jorge Iván Palacio Palacio, menciona las disposiciones constitucionales que, a juicio del alto tribunal, se reconoce la Constitución Verde, y que en consecuencia identifican al medio ambiente como un interés jurídico superior. A continuación, se relacionan los 33 artículos constitucionales:

Tabla 1. Artículos constitucionales

Artículos constitucionales	Tema
Art. 8°	La obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.
Art. 49	La atención del saneamiento ambiental como servicio público a cargo del Estado .
Art. 58	La función social que cumple la propiedad, (a la que le es) inherente una función ecológica.
Art. 66	El reconocimiento de condiciones especiales de crédito agropecuario teniendo en cuenta las calamidades ambientales .
Art. 67	La educación como proceso de formación para la protección del ambiente.
Art. 79	El derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano; la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo; y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro efectivo de estos fines.
Art. 80	La obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados; y cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas en las zonas fronterizas.
Art. 81	La prohibición de fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, como la introducción al territorio de residuos nucleares y desechos tóxicos; la regulación de ingreso y salida del país de los recursos genéticos y su utilización, conforme al interés nacional.
Art. 82	El deber del Estado de velar por la protección de la integridad del espacio público y su destinación al uso común, que prevalece sobre el interés particular.
Art. 88	Las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos como el espacio y el ambiente; así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.
Art. 95.8	El deber de la persona y del ciudadano de proteger los recursos culturales y naturales del país y de velar por la conservación de un ambiente sano
Art. 150.7	La función del Congreso de reglamentar la creación y funcionamiento de corporaciones autónomas regionales.
Art. 215	La declaratoria de la emergencia ecológica por el Presidente de la República y sus ministros y la facultad de dictar decretos legislativos.
Art. 226	El deber del Estado de promover la internacionalización de las relaciones ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

Artículos constitucionales	Tema
Art. 267, inc. 3°	La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye un control financiero, de gestión y de resultados fundado en la valoración de los costos ambientales.
Art. 268.7	Presentación por el Contralor General al Congreso de un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y el medio ambiente.
Art. 277.4	Función del Procurador General de defender los intereses colectivos, especialmente el ambiente.
Art. 282.5	Función del Defensor del Pueblo de interponer acciones populares.
Art. 289	Por mandato de la ley, la posibilidad que los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas adelanten con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración dirigidos a la preservación del medio ambiente.
Art. 300.2	La competencia de las asambleas departamentales para regular el ambiente.
Art. 302	Posibilidad legal de establecer para los departamentos diversas capacidades y competencias de gestión administrativa y fiscal diferentes a las mencionadas constitucionalmente, en atención a mejorar la administración o prestación de los servicios públicos de acuerdo a las circunstancias ecológicas.
Art. 310	El régimen especial previsto para el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, uno de cuyos objetivos es la preservación del ambiente y de los recursos naturales.
Art. 313.9	La competencia de los concejos municipales para dictar normas relacionadas con el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico.
Art. 317	La destinación mediante ley de un porcentaje de los tributos municipales sobre la propiedad inmueble a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables.
Art. 330, núms. 1° y 5°	Las funciones que se atribuyen a los territorios indígenas (consejos) para velar por la aplicación de las normas sobre usos del suelo y la preservación de los recursos naturales.
Art. 331	La creación de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena la cual tiene entre sus objetivos el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables.
Art. 332	El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.
Art. 333	La empresa tiene una función social que implica obligaciones; la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (negrilla fuera de texto);

Artículos constitucionales	Tema
Art. 334	La intervención del Estado por mandato de la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.
Art. 339	La necesidad de incluir las políticas ambientales en el Plan Nacional de Desarrollo.
Art. 340	Existencia de un Consejo Nacional de Planeación integrado por representantes de los sectores ecológicos, entre otros.
Art. 361	El señalamiento de la preservación del ambiente como una destinataria de los recursos del Fondo Nacional de Regalías.
Art. 366	La inclusión del saneamiento ambiental como uno de las finalidades sociales del Estado.

Creación propia.

Es de precisar que antes de la Constitución Política de 1991 ya se habían creado leyes para la protección del medio ambiente, reflejo del Estado Social, aunque fue tardío pues como se explicó anteriormente, el Estado social en Colombia se originó en el año de 1936, a continuación, mencionaremos las más importantes por fechas para ver su evolución.

Tabla 2. Normas expedidas durante la Constitución de Colombia de 1936

Norma	Fecha
Ley No. 0002-1959 <i>“Sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales no renovables.”</i>	Diciembre 16 de 1959
Ley No. 023 de 1973 <i>“Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones.”</i>	Diciembre 19 de 1973
Ley No. 010 de 1978 <i>“Por medio de la cual se dictan normas sobre mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental, y se dictan otras disposiciones.”</i>	Agosto 04 de 1978

Creación propia.

Durante la Constitución de Colombia de 1991, a diferencia de la constitución anterior se expedieron pocas leyes de protección del medio ambiente, en este período de 25 años, que entró en vigencia, se han expedido más de 60 leyes. A continuación, solo se mencionarán las leyes que interesan para hacer una crítica en el tema de mayor conflicto; la minería.

Tabla 3. Normas expedidas durante la Constitución de Colombia de 1991

Norma	Fecha
Ley No. 099 de 1993 Ley General Ambiental de Colombia. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. Esta ley tiene dos importantes antecedentes, el primero es la constitución de 1991 Tiene como antecedente la Conferencia de Rio de 1992	Diciembre 22 de 1993.
Ley No. 0161 de 1994 “Por la cual se organiza la Corporación Autónoma Regional del Río Grande del Magdalena, se determinan sus fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones.	Agosto 03 de 1994
Ley No. 685 de 2001 “Código de Recursos Naturales renovables y Protección al Medio Ambiente (CNRNR) mayormente conocido como Código de minas.	Agosto 15 de 2001

Creación propia.

Pese a existir normatividad constitucional, legal y decretos en Colombia, que reconoce el valor jurídico de la naturaleza, creando instituciones estatales para garantizar su protección a nivel nacional y territorial, que propenden por el respeto y cuidado del medio ambiente, éstas son inoperante; el mayor ejemplo de estas violaciones a la normatividad ambiental, apoyadas por el mismo Estado en razón a la corrupción administrativa, entregando licencias a empresas extranjeras por dadas a los políticos de turno.

Se suma al panorama los grupos al margen de la ley que encontraron una fuente de dinero en el tema de la minería, nos encontramos en un dilema de riqueza y desafortunado tratamiento de la explotación de los minerales.

La minería se hace a todo nivel desde las grandes multinacionales hasta la minería artesanal, que tiene efectos contaminadores en las fuentes fluviales y la devastación de los ecosistemas, convirtiéndolos en desiertos; a continuación, se expondrá un caso que esboza las ideas filosóficas del Estados Social y Democrático de Derecho, en el cual se presentan contradicciones entre el progreso económico de una nación y la protección de los derechos sociales de una comunidad.

3. Problemática actual de la Minería en Colombia

3.1 Progreso Vs medio ambiente

La riqueza natural de un país pareciera ser a la vez una desgracia advertida, como el título de un libro de Gabriel García Márquez *Crónica de una Muerte Anunciada*, es curioso y de gran coincidencia que en los asentamientos de los pueblos originarios de Colombia siempre existan en su subsuelo riquezas naturales como el petróleo o minas de metales preciosos como el oro y el coltán.

Al inicio de este escrito se relacionó el surgimiento de los derechos y libertades individuales y posteriormente, como nacieron los derechos sociales, es un momento ideal para plantear un conflicto entre estos derechos, para lo cual se cita un caso real de la justicia colombiana.

En el 2016 se presentó un conflicto jurídico entre el gobierno nacional y la comunidad de un municipio, que fue dirimido por la Corte Constitucional de Colombia referida a la explotación minera del oro. En el municipio de Cajamarca del Departamento del Tolima, la comunidad se opuso a la extracción de oro por parte de la multinacional Anglo Gold Ashanti, en el proyecto minero “La Colosa”, lo que generó un clima político y económico contradictorio, pues para unos la minería trae progreso económico y para otros desastres ecológicos incalculables y problemas sociales como ha sido costumbre en nuestro país por la corrupción administrativa.

La discusión se centró en la potestad que el artículo 322 de la Constitución Política de Colombia (1991) le daba al ejecutivo a nivel nacional para la toma de decisiones y conceder las licencias para ejercer la minería, en este caso a las multinacionales, excluyendo a las entidades territoriales departamentos y municipios de la posibilidad de ejercer control sobre el subsuelo, con el argumento que éste pertenece a la Nación. El Código de Minas (2001) indicaba en el artículo 37, la prohibición para que ninguna autoridad local estableciera zonas que estuvieran excluidas de la minería, y las políticas centralistas; contrario a ello, el *Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018* permitía al sector central determinar zonas de reservas mineras estratégicas para la Nación.

La comunidad, inconforme con la intervención minera en su territorio, demandó dichas normas ante la Corte Constitucional para que declarara su inconstitucionalidad, y en sentencia de Constitucionalidad N° C-035 del 2016, declaró exequible la norma del *Plan Nacional de desarrollo*, permitiendo al sector central crear zonas de reserva minera, pero concertando con las comunidades locales de los municipios. En otro pronunciamiento jurisprudencial, sentencia C-273 del 2016, la Corte declaró inexecutable el artículo 37 del Código de Minas, lo que dejó sin efectos la prohibición de que los gobiernos locales decidieran sobre el destino de la minería en su región

Con este piso jurídico dado por la Corte, las comunidades encontraron una salida para iniciar consultas democráticas en sus municipios, en cuya norma se pregunta a grandes rasgos si como ciudadanos, desean o no la explotación minera en su municipio; en el caso de la “La Colosa” en el Tolima, la votación fue de un 97% negativo a la explotación minera. (Verdad Abierta, 2016).

Los detractores de estas decisiones democráticas consideran que esto frena la locomotora del desarrollo económico de un país, los ambientalistas por el contrario lo consideran como un logro histórico en un país plagado de normas ambientalista donde ninguna se ha cumplido.

4. Comentarios Finales

Luego de esta comparación entre el surgimiento de los derechos y su evolución, es necesario indicar con respecto al tema ambiental, que el reconocimiento de los derechos, ha sido una batalla para lograr la paz, una paz entendida como el convivir en armonía en medio de los intereses de las partes involucradas, la economía, el Estado y las comunidades; permitiendo concertar entre los involucrados la forma de trabajo futuro: ¿dónde, ¿cómo y hasta cuándo podemos aprovechar los recursos naturales?

Nos encontramos en una época histórica del derecho de tomar conciencia sobre esa cosa que llamamos “la naturaleza” bajo la premisa ética del biocentrismo, que pareciera ser un problema jurídico extraño a nosotros mismos, y se actúa en los eventos donde perjudica de forma directa a los individuos, sin tomar medidas anticipadas para prevenir los daños ambientales.

Solo les queda a las comunidades utilizar los mecanismos democráticos para reclamar la protección del medio ambiente, siempre y cuando éstos no constituyan un empobrecimiento, lo que implica entonces concertar con los involucrados cómo aprovechar los recursos sin deteriorar el hábitat y si este objetivo no se puede lograr, nace la necesidad de crear avances científicos que suplan tales requerimientos.

Referencias bibliográficas

Bidart, G. (1999). *El orden socio económico en la constitución*. Buenos Aires: Ediar.

Congreso de Colombia. (16 de diciembre de 1959). Ley sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales no renovables [Ley 0002 de 1959]. DO: 29861. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1556842>

Congreso de Colombia. (19 de diciembre de 1973). Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones. [Ley 0023 de 1973]. Recuperado de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9018>

Congreso de Colombia. (4 de agosto de 1978). Por medio de la cual se dictan normas sobre mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental, y se dictan otras disposiciones. [Ley 010 de 1978]. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1566544>

Congreso de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Ley General Ambiental de Colombia. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. [Ley 0099 de 1993]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html

Congreso de Colombia. (3 de agosto de 1994). Por la cual se organiza la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se determinan sus fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones [Ley 0161 de 1994]. Recuperado de <https://www.minambiente.gov.co/images/normativa/app/leyes/96-ley%20161%20de%201994.pdf>

Congreso de Colombia. (8 de septiembre de 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones [Ley 0685 de 2001]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0685_2001.html

Constitución Política de Colombia. (1991). Artículos: 7, 8, 49, 58, 66, 67, 79, 80, 81, 82, 88, 150, 215, 226, 267, inc.3, 268.7, 277.4, 288.5, 289, 300.2, 302, 310, 313, .9, 317, 330, 1, 5, 331, 332, 333, 33, 339, 340, 361, 366. 2da Ed. Colombia: Legis.

Corte Constitucional. (27 de julio de 2010) Sentencia C-595. [MP Jorge Ivan Palacio Palacio]

Corte Constitucional. (8 de febrero de 2016) Sentencia C-035. [MP Gloria Stella Delgado]

Corte Constitucional. (25 de mayo de 2016) Sentencia C-273. [MP Gloria Stella Delgado]

Jors, Paul. (1937). *Derecho Romano*. Editorial labor S.A.

Manili, P. (2016). *Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Astrea

Manili, P. (2005). *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Ed. Universidad.

Orlandis, J. (1974). *Historia de la Iglesia; Breve historia de la Iglesia en España*. Recuperado de <http://www.gecoas.com/religion/historia/medieval/EM-G.htm> htm

Presidencia de la Republica Colombia. (junio de 2014). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones [Plan Nacional de Ordenamiento Minero PNOM Documento en Extenso Anexo a resolución UPME 0256 DE 2014 0685 de 2001]. Recuperado de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/especiales/Doccuments/20150616-especiales-plan-nacional-desarrollo/index.html>

Rabinovich, R. (2001). *Derecho Romano*. Buenos Aires: Astrea.

Sarmiento, G. (2006). *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Colombia: Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario.

Sunstein, C. Holmes, S. (2014). *El Costo de los Derechos por que los derechos dependen de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Verdad abierta (24 octubre de 2016). Los conflictos detrás del proyecto La Colosa, en Tolima. Recuperado de <https://verdadabierta.com/los-conflictos-detras-del-proyecto-la-colosa-en-tolima/>

APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO COMO CIENCIA EN LA ERA DIGITAL: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL¹

EPISTEMOLOGICAL APPROACH OF LAW AS A SCIENCE IN THE DIGITAL AGE: AN ANALYSIS FROM THE CONSTITUTIONAL PARADIGM

Recibido: 15 de julio de 2022

Aceptado: 18 de octubre de 2022

Isabel Cristina Ramírez Núñez²

Flor María Torres Guzmán³

-
- ¹ El presente artículo corresponde al avance del proyecto de investigación titulado: “La prospectiva del gobierno del dato y las políticas de gobernanza en la protección de la información personal en el ecosistema digital en Colombia” del semillero *Ius Digital* adscrito al Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas “Ius Praxis” de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre – Seccional Socorro.
 - ² Abogada. Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Penal. Magíster en Gestión de Ciencia Tecnología e Innovación. Candidata a Doctora en Derecho Público. Coordinadora del Centro de Investigación de la Universidad Libre – Seccional Socorro. Email: florm.torresg@unilibre.edu.co.
 - ³ Abogada. Especialista en Derecho Empresarial. Magíster en Derecho Empresarial y de los Negocios de la Universidad de la Sabana. Decana de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre – Seccional Socorro. Email: isabel.ramirez@unilibre.edu.co.

Resumen

En la actualidad la Ciencia del Derecho no ha sido inmune a la transformación que se ha generado por medio de los significativos avances en ciencia y tecnología; por lo que se ha identificado un importante desarrollo académico e investigativo en la fundamentación de la “episteme” del conocimiento y la línea de pensamiento del Derecho como Ciencia en la era digital; así mismo, en la esfera normativa de orden nacional, es de gran importancia destacar los aportes jurisprudenciales que desde una visión proteccionista de un Estado Social de Derecho se ha realizado en la perspectiva de protección de la persona y de la dignidad humana.

Palabras clave: Actualización jurídica, Ciencia del Derecho, Ciencia y tecnología e informática jurídica.

Abstract

At present, the Science of Law has not been immune to the transformation that has been generated through the significant advances in science and technology; Therefore, an important academic and investigative development has been identified in the foundation of the “episteme” of knowledge and the line of thought of Law as Science in the digital age; Likewise, in the normative sphere of national order, it is of great importance to highlight the jurisprudential contributions that from a protectionist vision of a Social State of Law have been made in the perspective of protection of the person and human dignity.

Key words: Legal update, Science of Law, Science and technology and legal informatics.

Introducción

El paradigma de la virtualización y el aumento de la utilización de los mecanismos tecnológicos en la comunicación de las personas; se ha convertido

en una realidad que no ha sido prevista por la Ciencia del Derecho, y frente a la cual existe un amplio escenario de investigación que evidencia la necesidad de reglamentar la fragilidad jurídica que sobre el caso sub examine existe en la actualidad.

No obstante, es importante identificar como punto de partida la fundamentación epistemológica que se ha desarrollado por medio de la solidificación del Derecho a partir de una perspectiva finalista y funcionalista de su razón de ser en la era digital.

En donde se destaca la existencia de un amplio margen de inexactitud que establece un grado de complejidad al momento de contextualizar el tema de investigación con una línea epistemológica de pensamiento en concreto.

1. Método y técnica

El presente análisis se desarrolla con un enfoque ius filosófico; a través del método sistémico que incluye un importante estudio sobre la aplicación de la Ciencia del Derecho y la Informática en la complejidad del escenario social. En relación con el método de investigación se utilizará el método teórico de tipo dialéctico por medio del cual se busca el conocimiento y la transformación de la sociedad y del pensamiento.

2. Contextualización del escenario problemático

El planteamiento del problema jurídico se centra en el objeto de investigación correspondiente a la “Protección de los datos personales del sistema digital”; y frente al cual se ha planteado de manera previa la pregunta de investigación en donde se proyecta: ¿Cómo se debe diseñar un modelo de actualización normativa de los mecanismos jurídicos y administrativos de protección de los datos personales en el sistema digital acorde con los avances tecnológicos?

No obstante, de manera previa se identifica un alto grado de complejidad técnico – jurídico que según el autor Posada (2017) la “velocidad del proceso de intercambio y almacenamiento de datos de manera anónima comportan en el derecho una nueva forma de abordar los conocimientos que desarrollan la teoría de las conductas punibles”. (Posada, 2017, p 38)

3. Desarrollo dogmático teoría crítica moderna (Escuela de Fráncfort)

En desarrollo de un ejercicio de búsqueda e identificación de la línea epistemológica que enmarque el objeto de estudio de la temática que se pretende desarrollar, es de suma importancia destacar la complejidad al momento de lograr una identidad clara y expresa mediante la cual se pueda delimitar la epistemis del conocimiento que guía la reflexión del problema jurídico planteado.

Lo anterior, puede derivarse de una posible “crisis” del pensamiento moderno, en especial, al hacer alusión a las Ciencias Sociales; en donde las tradicionales corrientes filosóficas no son capaces de argumentar las nuevas teorías y tesis que han conllevado al surgimiento de los innovadores avances tecnológicos.

Es por esto, que el doctrinante Wolkmer (2017) al hacer alusión a los “Paradigmas científicos e ineficacia de la racionalidad” aduce:

“Los paradigmas que produjeron un *ethos* marcado por el idealismo individualista, por el racionalismo liberal y por el formalismo positivista, así como los que mantuvieron la lógica del discurso filosófico, científico y jurídico, son cuestionados en su racionalidad y sustituidos por nuevos modelos de referencia”. (p 19)

En donde es de suma importancia destacar la transformación que han exteriorizado las relaciones sociales y que han conllevado a un escenario de digitalización, que, en suma, ha reemplazado la fundamentación de una

posible teoría jurídica de línea tradicional como las que hasta el momento se habían instituido de manera principal en las investigaciones de la Ciencia del Derecho.

Y es por esto, que la nueva corriente filosófica de la nueva epistemología de las investigaciones en Derecho se han de caracterizar por poseer componentes tecnológicos de interdisciplinariedad con una racionalidad independiente y una finalidad crítica de la realidad sistémica de las relaciones sociales y la nueva identidad de los conflictos que pueden surgir.

Por consiguiente, al buscar dilucidar los orígenes de la “teoría crítica moderna”, es de suma importancia destacar la Escuela de Fráncfort que en sus inicios buscó crear una estrategia metodológica propia con características dialécticas, críticas, revolucionarias y emancipadoras. (Wolkmer, 2017, p 24).

Además de ello, se identifica una contraposición a las teorías tradicionales que buscan contextualizar el escenario social bajo una perspectiva naturalista como producto de las relaciones sociales; olvidando de esta manera la existencia de múltiples factores externos que influyen significativamente en los fenómenos reales que según los teóricos⁴ de la Escuela de Fráncfort se debe articular la dialéctica de la teoría con la praxis. (p 25).

En este sentido, por medio de la teoría crítica se busca construir una visión de identidad del nuevo tipo de ser humano, el cual se ha de instituir con unas características propias de un entorno social en la era digital.

4. La autenticidad filosófica de la informática

Por otra parte, al hacer alusión a un criterio de “autenticidad” filosófica de la informática se han identificado una serie de inconvenientes que no han permitido una verdadera reflexión filosófica por medio de la cual se fundamente la razón de ser de la informática.

⁴ Max Horkheimer, Theodor Adorno, Walter Benjamin, Herbert Marcuse y Jürgen Habermas.

Ya que no es conveniente realizar un proceso de “adopción” de ideas filosóficas, por el contrario, se debe de identificar un contexto autentico que refiera de manera concreta el criterio álgido que hace alusión a la epistemis de la informática y más aún como un elemento interdisciplinario con la Ciencia del Derecho.

Por esta razón, es dable acentuar la posición doctrinal de Marcos (sf) quien afirma que:

“Al poner el énfasis en los aspectos prácticos y sociales de la informática, se produce también una aproximación de la misma a la filosofía práctica (ética y política), pues los sistemas de información empiezan a ser entendidos como sistemas sociales técnicamente implementados”. (p 8)

Destacando de esta manera la imposibilidad de generar una línea filosófica propia de la informática, en donde se permita identificar una autenticidad epistemológica sin la necesidad de tener que acudir a un escenario contextualizado con otras disciplinas científicas que permitan dilucidar un contexto contemporáneo en particular.

5. La informática como disciplina científico – social.

La “episteme” de la informática ha sido un tema de gran complejidad dada la multidisciplinaredad que la caracteriza y el grado de amplitud que de manera directa o indirecta ha trascendido en todos los sectores de la sociedad; en donde no es posible identificarla de manera exclusiva con una teoría o disciplina.

No obstante, la ausencia de una identidad teórica – filosófica en específico no ha sido un obstáculo para el significativo avance que ha evidenciado la informática en todas las áreas del saber.

En este contexto, la construcción conceptual de la informática ha de tener presente la terminología derivada de la información y la computación

(Barchini, 2006, p 2); en donde se identifica la importancia de los datos y las operaciones que con ellos se pueden realizar por medios tecnológicos.

Por consiguiente, en primer lugar, al buscar enmarcar la informática como una disciplina científica es de suma importancia hacer alusión Claudio Gutiérrez citado por Graciela Elisa Barchini (2006) quien aduce:

“La informática puede concebirse como ciencia eminentemente teórica y como una disciplina de carácter empírico sobre los fenómenos relacionados con la información y la computación. Como ciencia teórica se centra en la teoría de la computabilidad y como ciencia empírica, sus hipótesis pueden ser refutadas por la realidad, es decir, pueden ser falsadas por experimentos”.

(Barchini, 2006, p 3);

En donde es posible identificar las falencias dogmáticas que la doctrina ha asumido a partir del estudio de la informática como “Ciencia”; al relacionar la informática con un empirismo que no es propio de un aprendizaje científico. Por otra parte, al estudiar la informática como una disciplina social se debe analizar a partir de un desarrollo cognoscitivo propio de un escenario cultural y social propio del núcleo colectivo en el que se desarrolla.

6. Sociedad del conocimiento, hiperinformación y Tics.

En la actualidad se ha de identificar un nuevo elemento de valor en las relaciones sociales, académicas y políticas que se adecuan a la sociedad del conocimiento, al establecerse como un nuevo tipo de bien propio de las naciones en desarrollo.

No obstante, el desarrollo legislativo que se ha realizado en el sistema jurídico colombiano es reciente, el cual data a partir de la Ley 1341 de 2009 en donde se definieron los principios y conceptos propios de la información y la organización de las Tics.

En este sentido, por medio del artículo 3° de la Ley en cita se ha buscado crear un escenario legal de la “*Sociedad de la información y del conocimiento*” en donde:

“El Estado reconoce que el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la protección a los usuarios, la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal, son pilares para la consolidación de las sociedades de la información y del conocimiento”. (Ley 1341, 2009, art 3°)

Lo anterior, en contexto con el desarrollo doctrinal de la “hiperinformación” que según el doctrinante Delgado (2019) ha sido entendido como:

“La conexión digital y los nuevos mecanismos de comunicación propiciarán un nuevo escenario de exponencial información; en donde se convertirá en un verdadero reto el proceso de organización y almacenamiento de los sistemas de información”. (Delgado, 2019, p 29)

Finalmente, es de suma importancia destacar la ubicación dogmática de las Tics en la legislación nacional en donde se identifica como:

(...) “El conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes”. (Ley 1341, 2009, art 6° modificado por Ley 1978, 2019, art 5°)

Destacando de esta manera, la importancia que en la actualidad poseen los avances tecnológicos en el desarrollo social de las personas en un contexto social, en donde es posible aducir la acepción del reconocimiento de una “sociedad hiperdigital”.

7. Fundamento jurisprudencial constitucional de orden paradigmático.

Al hacer alusión al análisis del orden constitucional es de gran importancia destacar los lineamientos que caracterizan un Estado Social de Derecho; en la prevalencia de la importancia de la persona en el escenario jurídico, social y tecnológico.

En este sentido, desde el postulado que se ha estipulado en el preámbulo de la norma superior y el consecuente desarrollo a partir del artículo 1 y subsiguientes en donde se habla en un contexto amplio sobre la dignidad humana, los fines esenciales del Estado y de manera más específica se inicia a identificar un especial acápite por medio del artículo 41 superior en donde se instituye la denominada “pedagogía constitucional” y el derecho fundamental a la educación que se ha instituido por medio del artículo 67 de la Constitución Política de 1991.

Y es a partir de allí en donde surge un escenario de mayor necesidad respecto al desarrollo e importancia del estudio de las Ciencias Sociales en correspondencia de los criterios epistemológicos que se han de centrar en la persona y el bienestar social que debe garantizar el sistema normativo desde una perspectiva amplia que se centra en la academia y trasciende a la praxis judicial.

8. Conclusiones

De manera previa, por medio del presente análisis epistemológico es posible identificar una línea de pensamiento crítico - moderno que se caracteriza con los postulados de la escuela filosófica de Fráncfort; en donde se acude a la necesidad de evitar la adecuación a las teorías tradicionalistas de la filosofía del derecho.

Por el contrario, por medio de los aportes de la escuela de Fráncfort se busca contextualizar las nuevas tecnologías con las necesidades sociales de comunicación de los nuevos seres digitales; y frente al cual le corresponde a la Ciencia del Derecho propiciar por un escenario jurídico proteccionista en donde se preserven los derechos fundamentales que pueden vulnerarse masivamente como consecuencia de la ausencia de unas políticas claras y expresas de la protección de datos personales en el sistema digital.

Así mismo, es de suma importancia destacar la necesidad de generar un escenario científico de investigación que de manera expresa pueda desarrollar un proceso académico con carácter interdisciplinario para poder lograr identificar con claridad el fundamento epistemológico de la Ciencia del Derecho y la Tecnología en la era digital.

Referencias

Barchini, G. (2006). Informática. Una disciplina bio-psico-socio-tecnocultural. Revista Ingeniería Informática, Edición 12. Santiago del Estero, Argentina.

Congreso de la República de Colombia. (Julio 30 de 2009). Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. (Ley 1341 de 2009). Publicado en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009.

Delgado, A. (2019). La sociedad hiperdigital. Ecoe Ediciones. Bogotá – Colombia.

Marcos, A. (sf). Filosofía de la Informática: una agenda tentativa. Departamento de Filosofía. Pza. del Campus s/n.

Posada, R. (2017). Los cibercrímenes: Un nuevo paradigma de criminalidad. Un estudio del título VII bis del Código Penal Colombiano. Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia.

Wolkmer, A. (2017). Teoría crítica del Derecho desde América Latina. Ediciones Ekal. México.

LA PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y EN EL ACUERDO DE PAZ SUSCRITO CON LAS FARC¹

ALTERNATIVE PUNISHMENT IN THE “JUSTICE AND PEACE” ACT AND IN THE PEACE TREATY SIGNED WITH THE ARMED REVOLUTIONARY FORCES OF COLOMBIA

Recibido: 18 de octubre de 2022

Aceptado: 1 de noviembre de 2022

Alfonso Daza González²

-
- 1 Artículo de reflexión producto de la investigación que el autor adelantó en la línea de investigación “Derechos Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal”, en el grupo de investigación “Jurídicas y sociojurídicas” de la Universidad Santo Tomás – Tunja. Producto de esta investigación se encuentra el libro titulado “La pena alternativa en la ley de justicia y paz”, publicado por el Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, ISBN 978-958-749-667-3
 - 2 Docente de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás – Tunja. Abogado de la Universidad Libre. Especialista y Magíster en Derecho Penal y Criminología de la misma Universidad. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Universidad Alfonso X El Sabio (España). Correo electrónico: alfonso.daza@ustatunja.edu.co, https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000185086, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0501-2516>, Google scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=aEbNEhUAAAAJ&hl=es&oi=ao>

Resumen

Este artículo de reflexión analiza el quantum de la pena de 5 a 8 años, establecida en la Ley 975 de 2005 -Ley de Justicia y Paz- y Ley 1820 de 2016 -Acuerdo de paz suscrito con las FARC-, a fin de establecer si esta garantiza el cumplimiento de las funciones de la pena. Se trata de una investigación básica jurídica, en razón a que el objeto de estudio lo constituye la norma jurídica.

Palabras clave: Pena alternativa, delitos graves, justicia, paz, retribución, intimidación, prevención especial.

Abstract

This reflection article studies the criminal sanctions established in Law 975 of 2005 – “Justice and Peace” Act- and 1820 of 2016 -peace treaty signed with the Armed Revolutionary Forces of Colombia-, in order to establish whether these guarantee the fulfillment of limits and goals of punishment. This is basic legal research, because the object of study is the legal norm.

Key Words: Alternative punishment, serious crimes, justice, peace, retribution, intimidation, special prevention.

Planteamiento del problema jurídico

El quantum de la pena de 5 a 8 años, establecida en la Ley 975 de 2005 -Ley de Justicia y Paz- y Ley 1820 de 2016 -Acuerdo de paz suscrito con las FARC, ¿garantiza el cumplimiento de las funciones de la pena?

Funciones de la pena

La primera afirmación que hacemos en este estudio, es que la pena de cinco (5) a ocho (8) años, establecida en la (Ley 975 de 2005; art. 29) “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y (Ley 1820, 2016), de conformidad con lo aprobado en el Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera celebrado entre el Gobierno colombiano y el grupo guerrillero FARC³, producto del proceso de paz con los paramilitares y con la guerrilla de las FARC, respectivamente, debe garantizar, necesariamente, el cumplimiento de las funciones de la pena⁴, ello debido a que está en juego la idoneidad de la sanción estatal (Ley 599, 2000; art. 4).

-
- 3 Sobre el origen de las FARC: “En 1964 se formaron las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia); menos cerebrales o teóricas que el ELN, las FARC retaron al Estado colombiano y a sus élites hasta noviembre de 2016. Esta organización, de origen rural, nació como resultado de la frustración de las luchas agrarias de las décadas de 1930 y 1940, que no consiguieron más que represión por parte del Estado. Las FARC, que a principios de los años 1990 llegaron a tener entre quince y veinte mil hombres, disminuyeron luego su tamaño al quedar con unos 6.300 hombres en armas en el momento de firmar el acuerdo de paz con el Gobierno nacional” Larosa, Michael J. Y Mejía, Germán (2017, págs. 182 y 183). “El proceso de desmovilización y entrega de armas se cumple hoy según el cronograma acordado, lo que anuncia que se cumplirá la promesa de líderes de continuar buscando soluciones *con palabras y no con balas*; Su fundador, Pedro Antonio Marín “nombre de guerra: Manuel Marulanda, alias *Tirofijo*), murió de forma natural en marzo de 2008, sin haber sido capturado jamás por las autoridades. Su muerte recordó a los colombianos una dura realidad: el Estado colombiano no controla la totalidad del territorio nacional. La muerte de Tirofijo hirió los ánimos de la organización, como se hizo evidente con los cientos de desertores, mucho de los cuales habían entrado a la guerrilla en la adolescencia. El liderazgo pasó a Alfonso Cano (nacido Guillermo León Sáenz Vargas), pero una campaña persistente de las Fuerzas Armadas, financiada en su mayor parte con dólares de Estados Unidos, financiada en su mayor parte con dólares de Estados Unidos, debilitó significativamente al grupo, como se hizo evidente en septiembre de 2010, con la muerte del comandante militar de mayor rango, el *Mono Jojoy*, a unos ciento noventa kilómetros de la capital. Cano murió a manos del Ejército colombiano a principios de octubre de 2011. Antes de la firma del acuerdo de paz, las FARC recurrieron al secuestro, la extorsión y la protección del narcotráfico como medios para financiar sus operaciones” (Oficina del Alto Comisionado Para la Paz, 2016)
- 4 Art. 4. Funciones de la pena. “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión” (Ley 599, 2000)

Por esta razón, para efectos de determinar las difíciles relaciones entre el poder de castigar y las nuevas tendencias que autorizan su renuncia, vamos a distinguir en principio tres aspectos esenciales de la pena: (i) justificación, (ii) sentido y (iii) fin (Daza González, 2016; pág. 19).

Con respecto al primero, sabemos que la existencia de la pena se justifica por su necesidad debido a que ésta actúa:

“como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad. Es por esto que, en la opinión dominante en la doctrina jurídica y en la filosofía política, se dice que, sin la pena, la convivencia humana en sociedad sería imposible⁵, hasta el punto que la gran mayoría de los pensadores coinciden en señalar que la pena es un mal necesario, una *amarga necesidad* derivada de la naturaleza imperfecta de los hombres” (Muñoz, 2001; Ferrajoli, 1997; pág. 251 y Daza, 2010; págs. 65-96).

“A esto habría que agregar que, de la pena, depende la vida del Derecho mismo, dado que su autoridad y su capacidad de cohesión y regulación de la vida social dependen en gran parte de la existencia de un mecanismo contralor que sancione el incumplimiento de las normas que lo componen” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.).

Finalmente, “la existencia de un monopolio de la fuerza concentrado en la figura del Estado evita que sean los mismos miembros de la sociedad quienes se arroguen, a su antojo y sin límite alguno, el derecho de castigar a un infractor⁶”.

5 “Aunque el análisis de las posturas abolicionistas excede el alcance de la presente investigación, vale señalar, que los modelos de sociedad que éstas persiguen derivan o bien en una sociedad salvaje, carente de orden y abandonada a la ley natural del más fuerte, o bien en una sociedad disciplinaria, pacificada y totalizante, en la que los conflictos son controlados y resueltos o, peor aún, prevenidos, mediante mecanismos éticos-pedagógicos de interiorización del orden, o de tratamiento médico, o de panoptismo social e incluso policial”. Ferrajoli, L. (1997; pág. 251).

6 “La demanda de suprimir el Derecho penal de ninguna forma es una opción agradable para los seres humanos y mucho menos para los derechos humanos. Tan sólo se lograría, toda vez que el control social seguiría rigiendo nuestras vidas, eliminar los límites de las injerencias, dejando así vía libre a los poderosos

Pero sí existe un criterio más o menos unánime sobre la justificación de la pena, no ocurre así con los problemas sobre su sentido y su fin. “Estos constituyen el objeto de la llamada *lucha de escuelas* que, durante muchos años, ha ocupado el centro de gravedad de las discusiones de la dogmática penal. Ahora bien, estas escuelas están representadas, cada una, por una toma de posición frente al carácter de la pena y se dividen básicamente en (i) las teorías de la retribución; ii) las teorías de la prevención; y iii) las soluciones eclécticas”.

“Las teorías de la retribución o teorías absolutas atienden únicamente al sentido de la pena y ante la pregunta ¿por qué se castiga? responden que se castiga porque se incurrió en una culpa. De esta manera, la culpa sería entonces la causa y el castigo su inmediata consecuencia. Por su parte, las teorías de la prevención o teorías relativas, que atienden al fin de la pena o ¿para qué se castiga?, establecen que se castiga para que, en el futuro, no vuelva a repetirse la conducta culpable. Así entendido, el castigo no es un fin en sí mismo sino un medio para evitar la repetición del delito” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.).

Estas dos sencillas maneras de entender el castigo de las conductas se encuentran presentes en el diálogo platónico *Protágoras o de los sofistas*, en el que Platón atribuye a Sócrates una postura claramente retributiva cuando dice que: “debe castigarse porque se ha cometido injusticia”. Así entonces, para el filósofo griego, el castigo es justo en sí mismo pues sólo con él se borrará del delincuente la mancha de la injusticia; la culpa en que se ha incurrido explica y justifica el castigo. Expresado en lenguaje causal, el castigo sería el efecto inexorable de la culpa. En contrapunto, a Protágoras se le atribuye una posición preventiva: “no tiene sentido castigar porque se ha cometido injusticia sino para que en el futuro no se volviera a cometer. Dicho de otro modo, el castigo no retribuye ni tiene una causa. Tiene una finalidad y esa es

intereses sociales para imponer sus sanciones. Y eso sí que sería una verdadera miseria” Hassemmer, W. (2003) pág. 37.

- 7 “Sin embargo, cabe señalar que las “teorías” de la pena sólo son tales, en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio. En realidad, no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término” (Bacigalupo, 1996, págs. 23-25).

que no se repita la conducta injusta” (Corte Constitucional. Sentencia C-371, 1994).

Estas dos teorías antiguas dieron origen a posturas modernas hasta hoy irreconciliables⁸. Los *iusfilósofos* de la escuela analítica sostienen que un planteamiento riguroso del problema, en términos lógicos y lingüísticos, puede llevar a disipar el aparente conflicto entre ambas vertientes, pues no se trata de posiciones antagónicas, sino que responden a cuestiones distintas, como ya se dijo: ¿por qué se castiga? (cuestión ontológica) y ¿para qué se castiga? (cuestión teleológica) (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96). Por esa vía, la dogmática penal (y más recientemente, la legislación) han intentado conciliar ambas posturas en una solución ecléctica que satisfaga a la vez las exigencias lógicas y éticas implícitas en la función punitiva. Esta iniciativa, al menos en el plano teórico, parece fracasar, pues siempre quedan dos interrogantes: ¿qué contestar desde el punto de vista de la retribución a la pregunta ¿para qué se castiga?, y a su vez, ¿qué contestar desde el punto de vista de la prevención a la pregunta ¿por qué se castiga?⁹.

Consideramos que una buena teoría, que ofrezca razones y argumentos suficientes para otorgarle un fin y un sentido a la actividad punitiva, debe estar en condiciones de dar respuesta satisfactoria a ambos interrogantes. Por ello, se hace necesario exponer los lineamientos generales de las teorías: i) retribucionista; y ii) utilitarista, la primera como aquella que da cuenta del castigo como fin último del Derecho penal y, la segunda, con sus variantes, como aquella que da cuenta del castigo como medio para el cumplimiento de otro fin específico del Derecho penal: el restablecimiento de la paz social.

Para esto hay que mencionar que, a pesar de las duras críticas recibidas, las concepciones retributivas o teorías absolutas de la pena imperan en los

8 “La lucha de escuelas aún no ha concluido. Incluso ha dejado el campo de batalla sin resultado y más bien aparece hoy vacío”. Gössel, K.H. (2002; pág. 1)

9 “Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque solo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal deberá enfrentarse con él, por consiguiente, desde un punto de vista totalizador, sin perjuicio de descomponerlo después, diferenciando sus distintos aspectos” (Muñoz Conde, 2001; pág. 73).

Estados absolutistas de inspiración teocrática y logran extenderse hasta los principios del Estado liberal moderno. Como se sabe, el nacimiento del Estado de Derecho moderno tiene lugar a partir de las proclamas de las revoluciones inglesa (1689), norteamericana (1776) y francesa (1789). Los revolucionarios burgueses sostuvieron con la mayor vehemencia que el objeto del Derecho penal no era tanto la legitimación del Estado como la protección del individuo frente a los desmanes del poder. Sin embargo, preocupado principalmente por someter el poder al Derecho, el Estado liberal moderno centró su atención en la limitación jurídica de la potestad punitiva y, para ello, basó sus teorías penales en principios abstractos como la igualdad ante la ley y la ya citada justicia, tras los cuales se mantenía una concepción ideal del hombre, el hombre-razón, sujeto capaz de instaurar un orden de certezas indudables y de construir su propia vida a partir de una libertad intrínseca absoluta (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Por otro lado, inspiradas en la filosofía antigua que antes reseñábamos, empezaban ya a brotar las doctrinas utilitaristas que, en una concepción empírica del hombre y apoyadas en la teoría del contrato social según la cual la sociedad se forma en el acuerdo libre y racional de los hombres por razones de utilidad, atribuyen a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

El imperio de la ley como expresión de la *voluntad general*, la separación de los poderes públicos, la consagración de los derechos del hombre y la configuración de los Estados-nación bajo el concepto de soberanía, fueron los elementos centrales del Estado liberal y de su Derecho penal (Bergalli, 2003; págs. 25-26). Por otro lado, aun cuando la retribución debía cumplir un procedimiento definido en la ley para así concretar el principio de legalidad y la pena debía cumplir la función preventiva que habían señalado los utilitaristas, la aplicación efectiva del castigo dejaba entrever los fines de la punibilidad medieval: la expiación de la culpa (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96). No en vano la *teoría de los fines de la pena*, que incluye por supuesto la retribución como el principal de ellos, se formuló principalmente a partir de la

filosofía idealista alemana, que estaba ligada a las doctrinas de la Iglesia. En resumen, el Estado liberal no comprendió la dimensión concreta del hombre y actuó frente al delincuente como un simple árbitro; sus funciones se limitaban a la prestación de seguridad y administración de justicia y a crear las condiciones para el flujo del mercado; sus jueces fueron operadores mecánicos, simples practicantes de la adecuación lógica del hecho en el tipo penal¹⁰.

Los elementos básicos del Estado liberal fueron irradiados desde la Europa continental hacia América Latina donde, en aras de lograr su independencia, los utilizó en la redacción de sus textos constitucionales y de su legislación penal. Esto se puede ver con claridad en casos como el de Colombia cuando, en 1837, a manera de ejemplo, se sancionó el Código Penal que derogó la compleja legislación española hasta entonces vigente. Dicho sea de paso, a pesar de haber acogido la ley colombiana los principios liberales europeos, la sociedad republicana aún mantenía incólume su forma esclavista de producción, así como distintas formas de discriminación hacia las poblaciones afroamericanas e indígenas (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Por lo anterior, durante gran parte del siglo XIX, se hicieron grandes esfuerzos para superar esta concepción de la pena que seguiría dominando el pensamiento jurídico occidental hasta mediados del siglo XX. En consecuencia, la pasividad del Estado liberal dio lugar a enormes desigualdades en el plano socio-económico, fruto de una revolución industrial sin precedentes, lo que originó las clases sociales modernas y las luchas entre ellas, dando paso así a que los movimientos sociales en Europa reivindicaran la necesidad de un Estado que interviniese en la vida social y política a favor de los débiles alcanzando el plano del Derecho penal- pues la delincuencia aumentó considerablemente (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Ante la explosión de los índices de criminalidad y la ineficacia del Derecho penal clásico reaccionó la Scuola Positiva italiana, que inició Lombroso a

¹⁰ Incluso el célebre Beccaria reclamaba ingenuamente un juez que fuera un “indiferente indagador de la verdad, cuya labor debía ceñirse a un silogismo perfecto en el que la proposición mayor sería la ley, la menor el hecho que se está resolviendo, y la conclusión debía ser la libertad o la pena del acusado”. Marqués de Beccaria. (1993; pág. 63).

finales del siglo XIX y continuaron Ferri y Garofalo hasta principios del siglo XX. Estos exigían del Estado mayor rigor en la lucha contra la criminalidad, aún en detrimento de los derechos de los justiciables y, para ello, propusieron una serie de métodos de control y disciplina para el tratamiento científico e individualizado del delincuente, apoyados en las nascentes disciplinas de la psicología, la criminología, la antropología y la sociología¹¹. Entendido lo anterior, en líneas generales, el delito fue concebido como resultante de factores individuales, sociales y ambientales, y la responsabilidad penal del individuo se deriva del hecho de quebrar con su conducta el mínimo de disciplina social para la convivencia humana. En ese sentido, la pena es entendida como un medio de defensa social y en su aplicación es tomada en cuenta, más que la lesión a un bien jurídico o el grado de culpabilidad del delincuente, el nivel de peligrosidad del mismo (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Ahora, resulta obvio que estos métodos de castigo individualizado, propios del concepto de prevención especial, no podían encontrar acogida en el Estado liberal porque ello habría supuesto un tratamiento penal distinto para autores de un mismo delito, lo que iba en contravía de la igualdad ante la ley, extendida como un axioma absoluto por el liberalismo (Foucault, 1988; pág. 26). Es en el contexto del Estado social intervencionista donde pudieron aparecer las medidas de seguridad social, imposibles de concebir en el estricto legalismo del Estado liberal clásico.

Por otro lado, en la nueva forma estatal, “el Estado Social y Democrático de Derecho, la teoría retributiva-absolutista de la pena sería sucedida por justificaciones preventivas generales y especiales que vinculan el castigo a su necesidad social y a su conveniencia política; la idea metafísica de que la culpa puede expiarse mediante la retribución es sustituida ahora por la tarea social de la prevención de delitos” (Roxín, 2000; pág. 23).

¹¹ “El examen pericial psiquiátrico, pero de una manera más general la antropología criminal y el discurso insistente de la criminología, encuentran aquí una de sus funciones precisas: al inscribir solemnemente las infracciones en el campo de los objetos susceptibles de un conocimiento científico, proporcionar a los mecanismos del castigo legal un asidero justificable no ya simplemente sobre las infracciones, sino sobre los individuos; no ya sobre lo que han hecho, sino sobre lo que son, serán y pueden ser” (Foucault, 1988; pág. 26).

“El Derecho penal se justifica desde el punto de vista social como un sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida de lo necesario para lograr dicha protección. Desde el prisma democrático, la prevención está sujeta a ciertos límites, heredados de la tradición jurídica liberal, lo que da lugar a un programa que la doctrina denomina *prevención limitada*” (Mir Puig, 2006; pág. 6).

Entonces, puesto el acento en las teorías de la prevención, la pregunta *¿por qué debe castigarse?* es abandonada definitivamente, puesto que, las teorías retributivas, cuando intentaron responderla conocieron el fracaso y tuvieron que:

“dar luz verde a las corrientes que intentan responder no a la cuestión ontológica de la pena sino su función teleológica: *¿para qué debe castigarse?* Ello no obsta, sin embargo, para que las más diversas legislaciones mantengan la retribución como uno de los fines de la pena, afirmando al parecer que el castigo es en todo caso necesario cada vez que se ha incurrido en un delito, o lo que es lo mismo, que la pena es un fin en sí misma” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

“Sobre tal fin de la pena, nos apartamos, en razón a que la retribución no puede ser considerada como un fin de la pena, dado que no señala a dónde debe llevar su aplicación, qué objeto tiene su ejercicio o qué utilidad le procura a la sociedad. En este punto coincidimos con la postura del profesor Claus Roxin cuando enuncia uno de sus diez mandamientos político-criminales: La retribución, es decir, el saldo de la culpabilidad, no constituye el fin de la pena y no puede legitimar su imposición. La imposición de una pena puede basarse exclusivamente en necesidades de prevención general o especial” (Roxin, 2000; págs. 11-13).

“La retribución, apenas es un resultado entre otros, designa el proceso por el cual se impone una pena al responsable de un delito, pero no puede indicar *para qué* sirve la pena, y por lo tanto, debe abandonarse como uno de sus fines o funciones. La consideración de la retribución penal como un fin de

la pena es un equívoco teórico cuyas falencias han sido puestas en evidencia por diversos autores. En efecto, la retribución o aplicación efectiva de la pena debe volver en el tiempo para corroborar el delito cometido y la sanción vigente para el momento de su concreción, lo cual es lógico y aún necesario que suceda, puesto que tal operación da cuenta de la primera garantía del derecho penal antes apuntada: no debe haber una pena si no hubo un delito. En fin, la retribución, vista como una mirada indagatoria al pasado, se nos presenta como un ejercicio de comprobación temporal que ofrece una respuesta a la pregunta ¿cuándo debe castigarse?, así: debe castigarse cuando se ha incurrido en delito; pero de ninguna manera responde a la cuestión ¿por qué debe castigarse?” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

“El equívoco teórico al que aludíamos consiste en haber confundido la pregunta ¿por qué debe castigarse? que refiere a la legitimación externa o política de la pena, con la pregunta ¿cuándo debe castigarse? que refiere a su legitimación interna o jurídica. Como bien apunta Ferrajoli, las doctrinas que atribuyen a la sanción penal el fin de retribuir, reparar o reprimir los delitos, si bien indican cuándo está justificado (o es posible, o lícito) castigar, eluden en realidad el problema de la justificación externa de la pena y no dicen nada acerca del por qué está justificado (o es necesario, u oportuno) hacerlo. Esto se debe, básicamente, al hecho de haber adoptado una concepción vengativa o sinalagmática del llamado fin de la pena” (Ferrajoli, 1997; págs. 256-258).

“Puesto en otros términos, el error teórico consiste en no haber distinguido entre la razón legal y la razón judicial de la pena. La razón legal da cuenta de la función del legislador, quien está encargado de decidir sobre el futuro al momento de tipificar las conductas que se considerarán punibles en la sociedad; la razón judicial da cuenta de la función del juez, quien debe mirar hacia el pasado para comprobar la existencia de una conducta punible y confrontarla con la ley positiva. La primera, en efecto, es una función política; la segunda, a todas luces, es una función jurídica¹²⁷”.

12 “Se puede decir, por tanto, que juez y legislador están en posiciones distintas y que miran en direcciones diferentes: uno hacia el pasado, el otro hacia el futuro. La justificación de lo que hace el juez, en cuanto

“Es por reacción a este equívoco que Hart afirma que la retribución implica un criterio de distribución y aplicación de la pena, y no un fin de la misma. Es claro: la retribución señala una pauta o un parámetro jurídico para establecer el momento y las condiciones en las que la pena ha de ser ejercida, pero lo reiteramos, nada indica sobre sus fines, objetivos o propósitos dentro de un ordenamiento determinado; esto les corresponde a las teorías preventivas” (Hart, 1968; págs. 230-237).

En ese orden de ideas, si la retribución no marca el fin de la pena y mucho menos del proceso penal, de ahí se deriva que no en todos los casos es necesario u oportuno castigar al responsable de un delito, así la conducta por él desplegada cumpla los requisitos que exige la ley, que para nuestro caso son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Es allí en donde entran en juego los mecanismos de protección y prevención como el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones sobre los cargos, y los mecanismos de justicia restaurativa, entre otros, que han cobrado una inusitada importancia en la práctica jurídica (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Entendido lo anterior, en Colombia, la retribución supuso una de las funciones de la pena en el Decreto Ley 100 de 1980, al lado de la prevención, la protección y la resocialización. “Esta normativa fue desarrollada por la jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional, que en principio encontró en las funciones de la pena dos momentos diferenciables: el estático de su descripción legislativa (prevención) y el dinámico de su efectiva aplicación (retribución)” (Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993).

Posteriormente, el tribunal explica en qué consiste cada una de estas funciones:

“La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la

juez, suena como punto de vista retributivo; la justificación de lo que el legislador (ideal) hace, en cuanto legislador, suena a punto de vista utilitarista”. (Rawls, 1974; pág. 214).

imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas¹³” (Corte Constitucional. Sentencia C-430, 1996).

Este fin retributivo será “criticado en un pronunciamiento ulterior, en el cual la Corte evalúa la prohibición de la pena de muerte y recuerda que una justicia penal digna de ese nombre no encuentra su fundamento en la ley del talión, pues la sanción no debe ser nunca una venganza encubierta” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96). Por el contrario, considera que la pena:

“debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación (Corte Constitucional. Sentencia C-144, 1997). Aunque no rechaza la retribución como función de la pena, desecha al menos una *retribución rígida*, y se acoge una prevención general con fines disuasivos” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

La función penal de la resocialización, que es expresión normativa de la doctrina de la prevención especial que supone la posibilidad de reconducir la conducta del delincuente, es entendida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal” (Corte Constitucional. Sentencia C-261, 1996).

“Así, el tribunal reconoce que es no solo admisible sino deseable el

13 Esta postura se reitera en Corte constitucional. Sentencia C-1112 de 2000. (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; Colombia; 22 de febrero de 2000).

tratamiento del condenado en el sentido de lograr una supuesta *normalización* del individuo y su relación con la sociedad; un propósito indemostrable empíricamente” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

En efecto, “la idea de prevención especial dirigida a la *reeducación, reinserción social o readaptación* del penado ha sido duramente cuestionada por la doctrina, tanto por su imposibilidad práctica de realización como por la misma necesidad de resocialización del delincuente” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

“Se reconoce, por ejemplo, que no es posible reeducar moralmente al individuo, pues la moralidad no puede ser impuesta coactivamente, ni reeducarlo legalmente, pues ello sólo sería posible si el orden jurídico fuera un reflejo fiel de una sociedad pluralista y democrática¹⁴. Hoy es casi unánime la literatura al señalar que la resocialización no es más que un mito optimista que, además de sostener teóricamente la institución carcelaria, reviste de un carácter benévolo una situación que en sí misma es una violencia programada: la retribución penal” (Baratta, 2002; págs. 173-178).

Ahora, ya en la Ley 599 de 2000, el estatuto penal actual, al principio retributivo se le suma una modificación eufemística: la *retribución justa* (art. 4). “Como elemento justificador de la retribución se agrega el valor *justicia*, con el fin de limitar el poder punitivo del Estado a una reacción *proporcional* al daño causado. Según esta concepción, a la violencia del delincuente debe oponerse una segunda violencia programada que no exceda la intensidad de la primera” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96). La proporcionalidad entre la sanción y el daño es

14 “No es el delincuente, sino la sociedad la que debería ser objeto de una resocialización. Hablar de resocialización del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse el delincuente tiene un orden social y jurídico que se estima correcto. Cuando no es este el caso, se plantea el problema de si debe, a pesar de todo, obligarse al delincuente a adaptarse a la sociedad a la que pertenece o de si, por el contrario, debe procederse previamente a modificar el orden social vigente” (Muñoz Conde, 2001; pág. 135).

“una garantía irrenunciable del individuo, pero también lo es que tal garantía puede exigirse dentro de la lógica preventiva, pudiendo prescindirse de la retribución propiamente dicha como un fin de la pena. Además, la proporcionalidad de la pena ya fue prevista en la Ley 599 de 2000, junto a la necesidad y la razonabilidad, como principios rectores de la sanción penal, por lo que no hay necesidad de forzar la interpretación del término *retribución justa* en ese sentido” (art. 3).

Según la lectura de la Corte Suprema de Justicia, el concepto de *retribución justa* se concreta en dos etapas diferenciadas del proceso penal:

“Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un período de prueba” (Corte Suprema de Justicia, Expediente 18285, 2001).

Pues bien, es evidente que la retribución se expresa “en el momento de la determinación judicial de la pena, pues retribución significa básicamente adjudicación de una sanción. Aunque el tribunal acierta al señalar que la imposición de una pena debe realizarse de acuerdo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, se equivoca al considerar que la *retribución justa* es una función que opera al momento de la ejecución de la pena, porque el funcionario encargado de ejecutar la pena apenas reproduce en términos materiales y reales la decisión condenatoria del juez, dado que carece de todo poder de castigo. Por otra parte, no es una función de la pena ser aplicada y ejecutada razonable y proporcionalmente; la atención a estos criterios es sencillamente un deber judicial, o mejor, un mandato legal dirigido al juez, quien debe observarlo siempre que imponga un castigo penal. En ese sentido, la observancia de dichos criterios supone el medio adecuado para que la pena

cumpla sus fines, básicamente preventivos” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

“La inclusión simultánea de fines preventivos y de una *retribución justa*, y el intento por superar su falta de correspondencia han sido analizados por este mismo tribunal en una de sus providencias. Su punto de partida es la consideración del artículo 4 del Código Penal como una superposición de dos doctrinas penales: la *teoría de la unión* (inc. 1) y la *teoría unificadora preventiva* (inc. 2). La primera enuncia la solución ecléctica ya mencionada, al pretender conciliar las teorías penales absolutas (retributivas) con las teorías relativas (preventivas). Pero la incompatibilidad entre ambas teorías es evidente por el hecho de que a juicio de la Corte Suprema esto lleva al legislador a probar una superación de la teoría de la unión mediante la introducción de una tesis propia de la teoría unificadora preventiva de acuerdo con la cual el fin de la pena es la prevención general y especial, funciones que se complementan mutuamente, al considerar que las normas penales sólo se justifican si protegen tanto la libertad individual como el orden social¹⁵”.

“En efecto, la función de la pena se concreta en una especie de imbricación entre la prevención general y la prevención especial, dando prevalencia el juez a una de ellas en el caso concreto según criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La retribución, claro está, sirve en ciertos casos como un medio para la realización de la prevención general, pues la imposición de la sanción da ejemplo a la sociedad, motiva negativamente (prevención general negativa o *intimidación*) y afianza el orden jurídico (prevención general positiva o *integración*)” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Es por lo anterior que el Estado colombiano en los últimos años ha incrementado las penas, de la siguiente manera:

15 “La prevención general básicamente corresponde a la conminación abstracta que a través de los tipos penales se hace, y la prevención especial a la fase de ejecución de la pena. En el momento que el funcionario judicial impone la sanción, operan ambas, particularmente en relación con la prevención general en orden a demostrar que la amenaza del mal es que la pena formulada en el proceso de tipificación, efectivamente se cumple” (Corte Suprema de Justicia. Expediente 15610; 2001).

La Ley 95 del 24 de abril de 1936; art. 45 “Por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código penal”, estableció una pena máxima en veinticuatro años.

El Decreto Ley 100 de 1980 “Por la cual se expide el Código Penal”, incrementó las penas a un máximo de treinta años.

La Ley 40 de 1993 “Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones”, incrementó la pena a sesenta años (art. 28); pena que se mantuvo en la siguiente reforma legislativa: Ley 365 de 1997 “Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente, la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código penal”, indicó que la pena tendría una duración máxima de cuarenta años (art. 37) y de cincuenta años tratándose de concurso de delitos (art. 31).

Por su parte, la Ley 890 de 2004 “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”, una de las leyes más representativas de la retribución y de la prevención general negativa, al modificar el inciso 2º del artículo 31 del Código Penal, estableció que “en ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años”, a su vez, al modificar el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal, determinó que “la pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso”.

Luego de la expedición, entre otras, de estas normas, el gobierno de Iván Duque, sancionó el Acto legislativo 01 de 2020 “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”. Por fortuna, y así debemos decirlo, la Corte Constitucional en sentencia C-294 de 2021, declaró la inexecutable del Acto en mención.

Finalmente, es preciso señalar que el Estatuto de Roma, frente a los delitos internacionales establece el carácter retributivo e intimidatorio de la pena al definir penas de “reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años y a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado¹⁶”.

Expuesto lo anterior, debemos señalar que la pena alternativa establecida en los procesos de paz suscritos con los grupos paramilitares y con las FARC, acogieron la prevención especial como fórmula para alcanzar la paz, y si bien para nada nos oponemos a este fin, el cual es fundamental para vivir, así como la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, pasa por alto el cumplimiento de las funciones retributiva e intimidatoria, aspecto que no compartimos dada la gravedad de los delitos frente a los cuales se va a imponer.

Conclusiones

La pena alternativa de 5 a 8 años establecida en Colombia, en el acuerdo celebrado con los paramilitares y con las FARC, para los delitos más graves, como son los internacionales: genocidio, lesa humanidad y los crímenes de guerra¹⁷, la respetamos, en la medida que forma parte de un proceso de paz¹⁸ y porque está dirigida a garantizar la verdad, la justicia, la reparación,

16 Art. 77 Penas aplicables “1) La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado” Estatuto De Roma de la Corte Penal Internacional. (17 de Julio de 1998).

17 Art. 5: Crímenes de la competencia de la Corte “1) La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión”. (Estatuto De Roma de la Corte Penal Internacional. 17 de Julio de 1998).

18 “Dentro de ello, resulta necesario diseñar formas a través de las cuales deben ser tratadas las personas sindicadas de haber cometido graves crímenes como los mencionados, en el entendido de que un proceso de paz negociada procura que los actores armados opten por la paz y se sometan a la justicia. Así, por ejemplo, en el difícil ejercicio de ponderación y la compleja búsqueda de estos equilibrios podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas pero, sin perder de vista que ello

la prevención de nuevos crímenes, la reconciliación y la paz¹⁹; sin embargo, no la compartimos, por lo siguiente: i) desconoce la prevención general y la retribución justa, como funciones de la pena; ii) supone una prevención especial y una reinserción social automáticas amparadas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas al condenado durante el período de prueba; iii) desconoce lo dispuesto en el Estatuto de Roma, art. 77 frente a la pena para estos delitos; y iv) genera desigualdad frente a las acciones u omisiones cometidas por los ciudadanos de a pie, a quienes se les debe imponer el rigor de la pena establecida en la Ley 599 de 2000.

puede variar de manera sustancial de acuerdo tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento de las propias responsabilidades y aporte de información de lo ocurrido. De allí se pueden derivar diferencias importantes entre los “ejecutores” y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección”. 31: “Es relevante considerar las responsabilidades compartidas que los actores de un conflicto armado tienen en graves crímenes. El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar” Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños contra El Salvador (25 de octubre de 2012; párr. 30 y 31. 30).

19 [...] “si consideramos los trabajos preparatorios de los TPI y de la CPI, las normas de derecho internacional, la jurisprudencia de los TPI y las opiniones de una parte considerable de la doctrina, podemos concluir que los fines de las jurisdicciones internacionales penales son cinco: justicia, esclarecimiento de la verdad, prevención de nuevos crímenes, reconciliación y paz” (Eiroa, 2009; pág. 130)

Referencias

Bacigalupo, E. (1996) Manual de Derecho Penal, Parte general. 3ª ed. Bogotá, D.C.: Editorial Temis.

Baratta, A. (2002) Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal, trad. Homero Alemán, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Bergalli, R. (2003). Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas, en Sistema penal y problemas sociales, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

Código Penal [CP] Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia)

Código Penal [CP] Ley 890 de 2004. 7 de julio de 2004 (Colombia)

Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Corte constitucional. Sentencia C-1112 de 2000. (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; Colombia; 22 de febrero de 2000).

Corte constitucional. Sentencia C-144 de 1997. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 19 de marzo de 1997)

Corte constitucional. Sentencia C-261 de 1996. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 13 de junio de 1996)

Corte Constitucional. Sentencia C-294. (Magistrado Ponente Cristina Pardo Schlesinger; 2 de septiembre de 2021).

Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 1994. (Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Salvamento de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz; 25 de agosto de 1994).

Corte constitucional. Sentencia C-430 de 1996. (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; 12 de septiembre de 1996)

Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. (Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara; 7 de diciembre de 1993).

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños contra El Salvador (25 de octubre de 2012)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Expediente 15610. (Magistrado Ponente Fernando Arboleda Ripoll; 18 de septiembre de 2001).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Expediente 18285. (Magistrado Ponente Carlos E. Mejía Escobar; 28 de noviembre de 2001)

Daza González, A. (2016) La pena alternativa en la ley de justicia y paz. Grupo Editorial Ibáñez, Ediciones USTA, Universidad Santo Tomás, 2016.

Daza González, A.; Álvarez Ruíz, J. y Suárez Mendoza, A. (s.f.) ¿Por qué y para qué se castiga? Reflexión sobre las funciones de la pena y su relación con las salidas alternas al juicio oral. En: Verba Iuris (La Palabra del Derecho). (Año XV, n° 23) pp. 65 a 96.

Eiroa, P. A. (2009) Políticas del castigo y derecho internacional: Para una concepción minimalista de la justicia penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 130.

Ferrajoli, L. (1997) Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. 2ª ed. capítulo V. Madrid: Editorial Trotta.

Foucault, M. (1988) Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión, 14ª ed., trad. Aurelio Garzón, México, D.F., Siglo XXI Editores.

Gössel, K.H. (2002) En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales, trad. Verónica Román Quiroz y Marco Antonio Chichino Lima, México, D.F., Editorial Porrúa.

Hart, H. (1968). Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law. Oxford: Oxford University

Hassemer, W. (2003) Por qué no debe suprimirse el Derecho penal, trad. Miguel Ontiveros, México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Larosa, M. J. y Mejía, G. (2017) Historia concisa de Colombia (1810-2017). Bogotá: Debate.

Ley 100 de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Enero 23 de 1980. Diario Oficial 35461.

Ley 1820 de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. 30 de diciembre de 2016. Diario Oficial 50.102.

Ley 40 de 1993. Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones. 20 de enero de 1993. DO: 40726.

Ley 95 de 1936. Sobre Código Penal. Diario Oficial. 24 de abril de 1936. Diario Oficial: 23316.

Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. 25 de julio de 2005. Diario Oficial 45.980.

Marqués De Beccaria, C. B. (1993). Tratado de los Delitos y de las Penas, trad. Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires, Editorial Heliasta.

Mir Puig, S. (2006) Estado, Pena y Delito. Buenos Aires: Editorial B de F.

Muñoz Conde, F. (2001). Introducción al Derecho Penal, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial B de F. cap. I, p. 70.

Naciones Unidas. Estatuto De Roma de la Corte Penal Internacional. (17 de Julio de 1998).

Oficina del Alto Comisionado Para la Paz. (2016) Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 2016 <https://goo.gl/XDmN86>

Rawls, J. (1974) Teorías sobre la ética, México, D.F., Fondo de Cultura Económica.

Roxin, C. (2000) La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo blanch.

**LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA,
PRESUPUESTO DE UNA ADECUADA TUTELA
JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL PROCESO
CIVIL**

**THE UNNOMINATED PRECAUTIONARY
MEASURE, BUDGET OF AN ADEQUATE
EFFECTIVE JURISDICTIONAL PROTECTION
IN THE CIVIL PROCESS**

Recibido: 16 de septiembre de 2022

Aceptado: 5 de noviembre de 2022

Héctor Francisco Arévalo Fόμεque¹

¹ Abogado Universidad Libre, Colombia. Doctorando en Derecho. Magíster en Derecho Procesal y Probatorio. Docente de Maestrías en Derecho Procesal Civil Comparado y en Derecho Procesal Constitucional. Docente de Maestrías y Especializaciones en Derecho Procesal, Derecho Probatorio, Derecho Privado, Arbitramento Nacional e Internacional. Conferencista internacional en temas del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Conferencista nacional y capacitador institucional en temas de Derecho Procesal Civil Contemporáneo, de Derecho Probatorio y del Contencioso Administrativo. Asesor y consultor de entidades públicas y privadas. hfarevalo@gmail.com

Resumen

La medida cautelar innominada, viene a llenar en gran medida, la ausencia de garantismo pleno en el proceso judicial, específicamente en el contencioso civil, cuando otrora las medidas cautelares a decretarse y practicarse estaban constituidas en su esencia por la cautelar nominada, lo que de suyo limitaba en gran medida el accionar de los sujetos procesales en aras de anticipar la satisfacción o cumplimiento del futuro fallo a proferirse satisfactorio a las pretensiones del demandante, ello con independencia de si trataba de un proceso declarativo, ejecutivo, liquidatorio o arbitral. Aunado a lo anterior, la cautela nominada en *stricto sensu* solo se establece como garantía de efectividad anticipada del futuro fallo a proferirse, no siendo, por tanto, un mecanismo idóneo para la protección actual del derecho en litigio o de las personas que intervienen en el contencioso en tanto se cumplen las distintas etapas del proceso, lo que deviene en un estado de desprotección estatal en tanto no se ha proferido la sentencia de mérito o de ser el caso, el laudo arbitral. Con el advenimiento de la cautelar innominada en el estatuto procesal civil (CGP), de suyo en otros ordenamientos procesales, así, el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), se le garantiza al justiciable no solo la efectividad anticipada de la futura decisión de fondo que se profiera, además, que en tanto dure la actuación jurisdiccional, se va a proteger a las personas que intervienen como sujetos del litigio, como a los bienes, ya sean materiales o inmateriales, que de aquellos están involucrados en el mismo.

La cautelar innominada se establece en consecuencia en mecanismo de doble protección o eficacia de garantismo respecto a lo que pretende todo justiciable, obtener del órgano jurisdiccional una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

Palabras claves: Cautelar, nominada, innominada, tutela jurisdiccional, prejuzgamiento, efectivización de los derechos.

Abstract

The unnamed precautionary measure comes to fill, to a large extent, the absence of full guarantee in the judicial process, specifically in civil litigation, when once the precautionary measures to be decreed and practiced were constituted in their essence by the named precautionary measure, which Theirs greatly limited the actions of the procedural subjects in order to anticipate the satisfaction or fulfillment of the future ruling to be pronounced satisfactory to the plaintiff's claims, regardless of whether it was a declaratory, executive, liquidation or arbitration process. In addition to the foregoing, the precaution named in *stricto sensu* is only established as a guarantee of anticipated effectiveness of the future ruling to be handed down, not being, therefore, an ideal mechanism for the current protection of the right in litigation or of the people who intervene in the contentious as long as the different stages of the process are completed, which results in a state of lack of state protection as long as the judgment of merit has not been pronounced or, if applicable, the arbitration award.

With the advent of the unnamed injunction in the civil procedural statute (CGP), of its own in other procedural systems, thus, the Code of Administrative Procedure and Administrative Litigation (CPACA), the defendant is guaranteed not only the anticipated effectiveness of the future substantive decision that is made, in addition, that while the judicial action lasts, the people involved as subjects of the litigation will be protected, as well as the assets, whether material or immaterial, that of those are involved in the same.

The unnamed injunction is therefore established as a mechanism of double protection or effectiveness of guarantee with respect to what every defendant intends, to obtain from the court a true effective jurisdictional protection.

Keywords: Precautionary, nominated, unnamed, jurisdictional protection, prejudgment, enforcement of rights.

Introducción

En general, al acudir a la administración de justicia a fin de lograr la resolución heterocompositiva del conflicto intersubjetivo, el justiciable no le satisface únicamente la obtención de justicia meramente formal, es decir, aquella que se limita a declarar la existencia o inexistencia del derecho a partir de la sentencia proferida, u ordenar el cumplimiento de la obligación demandada. Quien acude al proceso judicial, incluyendo el arbitramento, lo hace con el propósito de obtener una justicia material, o lo que es lo mismo, una verdadera *tutela jurisdiccional efectiva*.

Uno de los mecanismos más relevantes de que se dispone, indistintamente tanto en actuaciones jurisdiccionales como administrativas, a fin de efectivizar los derechos y asegurar el cumplimiento de las obligaciones pendientes de cumplimiento, sin duda lo es la medida cautelar, tanto la nominada, como la cautelar innominada.

Otrora, nuestras legislaciones procesales incluían en su normatividad con exclusividad la medida cautelar nominada, la cual, como ya lo ampliaremos, tiene una denominación y propósito de ejercicio preestablecido tanto en el proceso judicial como en las actuaciones administrativas que requieran de cierta seguridad desde el inicio de la actuación procesal, incluso desde antes, dado la existencia de las medidas cautelares innominadas.

Por supuesto, la cautelar nominada en no pocas ocasiones dejaba de ser el mecanismo apropiado y garantista frente a las necesidades de protección del justiciable, no solo en la anticipación de efectividad del futuro fallo o resolución a proferirse, además, en la protección actual del objeto en litigio, pero de igual manera de las personas intervinientes como sujetos procesales o de la actuación administrativa.

Esta realidad y necesidad de una verdadera *tutela jurisdiccional efectiva* llevó relativamente de forma recientemente al legislador nacional, respecto de varios ordenamientos procesales a implementar y regular una medida de

cautela denominada *innominada* en la medida que carece de denominación preestablecida y lo más importante, de destinación específica. Ahora bien, de tiempo atrás, normatividad especial ya había normado la cautela innominada, es así, la ley 294 de 1996 en materia de la protección de los miembros del núcleo familiar por violencia intrafamiliar; a su turno la ley 296 de 1996 en lo relativo a las acciones por competencia desleal.

Corresponde en consecuencia hacer una aproximación general al contenido, características y alcance de esta especial forma cautelar, no sin antes abordar aquellos aspectos generales de las cautelares que nos permita contextualizar la cautela innominada y su utilidad, tanto en los procesos judiciales, como en ciertas actuaciones administrativas.

1. La tutela jurisdiccional efectiva, su contenido en la norma constitucional y en el bloque de constitucionalidad

El precitado derecho de toda persona residente en territorio nacional, incluso de paso por este, a obtener del Estado la protección de los derechos que le son inherentes, se conoce genéricamente como justicia material. El desarrollo del mandato Constitucional que a continuación abordaremos, así, en el Código General del Proceso se le conoce como *tutela jurisdiccional efectiva*, lo cual viene de contera a efectivizar otro derecho de alcance superior, referimos al *acceso a la administración de justicia*.

Varios artículos del ordenamiento Superior patrio hacen referencia a esa fundamental función del órgano estatal, la protección y efectivización de los derechos de cada quien en su entorno social. A voces del artículo 2º Constitucional le corresponde al Estado, como fines esenciales para su existencia, la de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. A su vez indica la norma Superior en cita que, el Estado debe propender por la protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades,

y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

A su turno el artículo 13 Constitucional refiere en términos generales al principio de igualdad de las personas frente a la Ley, sin discriminación alguna por ninguna de las razones taxativas indicadas en la norma, pero además, ampliándose la cobertura en los eventos que así lo disponga la norma de los tratados y convenciones, que ratificadas por el legislador patrio, se establecen en normatividad superior a partir del bloque de Constitucionalidad, sin dejar de lado la observancia de lo que hoy se denomina control de convencionalidad (artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia)².

Cuando el artículo 228 Superior hace referencia a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales, por ende, en las actuaciones administrativas igualmente, está haciendo específica referencia a la obtención de justicia material a partir de un proceso por el cual no basta cumplir las fases, etapas y actuaciones en esta contenidas, se requiere como presupuesto fundamental el logro de la efectivización del derecho respecto del cual giró la contienda.

Se impone en consecuencia el siguiente interrogante: *¿por el hecho mismo de haberse proferido la sentencia o el laudo arbitral, se ha satisfecho el mandato señalado en el artículo 228 Constitucional?*

R/ Por supuesto que no. Si bien la sentencia o el laudo arbitral declara el derecho, o señala el cese de su vulneración, o reconoce la existencia del perjuicio, por tanto, condenando a la indemnización del mismo, ello puede simplemente quedarse en el frío contenido del fallo de fondo o en el de carácter interlocutorio. Se requiere la seguridad o efectivización de lo declarado u

2 Sobre el tema del bloque de Constitucionalidad y el control de convencionalidad debemos recordar el alcance de lo normado en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia. Desde lo estrictamente procesal, la igualdad de las personas frente a la ley y el proceso se viene a desarrollar y garantizar a partir de figuras tales como el amparo de pobreza, el beneficio de competencia, el beneficio de excusión, la cautela innominada, la orden de la contracautela, o lo que es lo mismo, la necesidad de prestar caución en ocasiones como requisito previo para el decreto y práctica de ciertas medidas cautelares.

ordenado en el fallo, incluyendo igualmente aquí la orden de dar cumplimiento a lo señalado en el fallo de fondo en procesos tales como los ejecutivos en sus diversas modalidades y el proceso monitorio, sin pretender desconocer la importancia y alcance de los procesos liquidatorios.

Esa efectivización del derecho declarado o a declarar, por tanto, ese logro de efectivización del derecho sustancial requiere a más de la mera decisión de fondo, del acompañamiento constante de las denominadas en general, *medidas cautelares*, las cuales como lo advertiremos posteriormente, admiten varias clasificaciones.

A su turno el artículo 229 Superior al establecer el acceso a la administración de justicia como un mandato superior, no está refiriendo en un sentido restringido a que los ciudadanos podamos lato sensu poder presentar una demanda y el otro extremo de la litis poder contestarla y proponer excepciones, no, el mandato Constitucional al garantizar el acceso a la administración de justicia incluye como consecuencia sobreviniente, poderse por los extremos de la litis y otros intervinientes, aportar pruebas, intervenir en su práctica, interponer recursos, incidentes, nulidades, pero de igual manera, solicitar medidas cautelares, lo que de contera trae aparejado que el juzgador de manera *urgente (artículo 588 del Código General del Proceso)*³ y oportuna la decrete y practique, a fin ese acceso a la administración de justicia en verdad conlleve justicia material, no meramente formal.

El no decreto y práctica oportuna por el juzgador, de las medidas cautelares solicitadas, que a la postre lleve a hacer nugatorio el fallo proferido en favor de quien las solicitó, se establece sin lugar a dudas en una clara denegación de justicia, lo que conllevaría la vulneración de los derechos del justiciable, a

3 Referido a la urgencia con la cual el juzgador debe pronunciarse sobre el decreto de las cautelares solicitadas o que él debe decretar de oficio, necesario recordar el perentorio plazo que le impone el artículo 588 del CGP, norma que, a su vez, por remisión normativa, es de aplicación en los procesos normados por el CPACA, el Código Procesal del Trabajo y otros ordenamientos. Aquí prudente recordar el alcance y consecuencias derivadas de la inobservancia por el juzgador, del presupuesto de las cautelas denominado *periculum in damni* o *periculum in facti*.

más del desconocimiento de otros derechos, a la par, de alcance Constitucional (artículo 29 constitucional)⁴.

La Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, en el su artículo 25 norma que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (...)⁵.

La norma de la Convención al referir al derecho de todas las personas habitantes de los países que la han ratificado, a impetrar un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso ante los jueces o los diferentes tribunales, no refiere en un sentido restrictivo a alguno de los recursos ordinarios o extraordinarios establecidos en los distintos ordenamientos procesales de los Estados miembros, no, recurso en la forma más genérica refiere a cualquier mecanismo que lo ampare, que le proteja en sus derechos fundamentales y demás que le sean inherentes. Uno de esos recursos, por demás uno de los más efectivos, lo es sin duda las medidas cautelares, no solo las que se decretan a partir de los estatutos procesales de los diferentes Estados, sino aquellas decretadas directamente por la Corte Interamericana, las cuales mayoritariamente se establecen precisamente en de carácter innominadas.

4 Así tendríamos la ocurrencia de vulneración al debido proceso a que refiere el artículo 29 Constitucional.

5 El texto completo del artículo 25 de la Convención Americana de los DD: HH dice: Protección Judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Corresponde en consecuencia abordar somero estudio de las medidas cautelares, en específico, la cautela innominada.

2. Definición y alcance general de las medidas cautelares

Sea lo primero señalar que la palabra *cautelar* viene de cauto, sigiloso, precavido, cuidadoso, en últimas, ser prevenido. Dicha prevención llevada al proceso judicial y determinadas actuaciones administrativas, significa no otra cosa que el ser cauteloso en la protección del derecho que se discute y en la garantía anticipada de efectivización del futuro fallo a proferirse.

Por tanto, la medida cautelar viene a ser el equivalente al sigilo o precaución que los sujetos procesales⁶ deben tener tanto en el curso del proceso, como al momento de proferirse la decisión de fondo a fin de proteger el derecho reclamado en tanto se obtiene esta, igualmente para la materialización del derecho declarado o la efectivización de la obligación pendiente de cumplimiento.

Presentamos aquí dos definiciones de lo que es o se considera *medida cautelar*, la segunda de ellas la definición propia que hemos venido consolidando en nuestras cátedras de especialización y maestrías en derecho procesal.

6 Importante resaltar la diferencia existente entre los conceptos y alcance de *sujetos procesales*, frente a lo que corresponde a *sujetos litigiosos*. Los primeros son todas aquellas personas que intervienen en la prosecución del proceso judicial para el logro de su fin, lograr una tutela jurisdiccional efectiva, y así, la paz y armonía sociales. Dentro de los sujetos procesales encontramos al juez ya sea unipersonal o colegiado, el ministerio público, en ocasiones el defensor o comisario de familia, las partes, otras partes, terceros intervinientes y los órganos de prueba. En tanto que los segundos, los sujetos litigiosos aquellas personas naturales o jurídicas interesados en las resultas del proceso propiamente dicho, en la medida que la decisión que se profiera les afectará positiva o negativamente en un derecho suyo. Son por tanto sujetos litigiosos las partes, demandante y demandado, singulares o plurales, igualmente las otras partes. Los terceros intervinientes vienen a apoyar una de las partes o amabas en la medida que con el fallo de fondo podrán afectarse positiva o negativamente; en otros eventos a desvelar en el proceso el fraude o la colusión de una de las partes o ambas en perjuicio o detrimento precisamente de quien por vía de tercería interviene.

A saber: “*Se llama cautelar el proceso cuando en vez de ser independiente sirve para garantizar (establece una cautela para) el buen fin de otro (definitivo)*”. (CARNELUTTI, 2017).

Considero definir la MEDIDA CAUTELAR como *el mecanismo por el cual, en el proceso judicial, o previo a este, o en terminadas actuaciones administrativas, se solicita, o el juez oficiosamente, precaviendo la demora en el trámite, decreta una o varias medidas tendientes a garantizar anticipadamente la efectividad del futuro fallo a proferirse; o para la protección actual tanto del derecho en litigio, como de los intervinientes en el trámite judicial.*

Aspectos que de la precitada definición requieren de comentario:

- » Las cautelares son de aplicación tanto en el proceso judicial como en otras actuaciones jurisdiccionales como lo es el proceso arbitral. También se decretan y practican en actuaciones adelantadas por funcionarios públicos *–no jueces en esencia, pero a quienes la ley en ocasiones les otorga ese carácter–* en procesos específicos, es el caso de la jurisdicción coactiva (trámite administrativo) y las Superintendencias ejerciendo funciones jurisdiccionales.
- » Las cautelares se podrán decretar y practicar a petición de parte o manera oficiosa. Más ahora con la implementación de la cautela innominada, precisar que esta procede a petición de parte. No obstante, el juez la puede modificar por otra, reducirla, etc.
- » Como es usual las medidas cautelares recaen sobre bienes u otros derechos patrimoniales, igualmente pueden recaer sobre las personas, ya sea que intervengan o no en el proceso judicial.
- » Se hace referencia a lo que la ley hoy regula expresamente, la cautela extraprocesal.

- » Contiene la definición el alcance de lo que son las cautelares nominadas e innominadas, estas últimas con sus dos funciones garantistas, de un lado frente al futuro fallo a proferirse, de otro, la garantía actual del objeto en litigio.

3. Medida cautelar nominada

Corresponde a aquel mecanismo garantista, con denominación y objeto preestablecido en la ley. Tiene como propósito ser el mecanismo anticipatorio de cumplimiento o efectividad del futuro fallo a proferirse. Las principales medidas cautelares nominadas son: (i) el embargo; (ii) el secuestro; (iii) la inscripción de la demanda; (iv) la guarda y aposición de sellos; (v) la prohibición de enajenar. Las dos primeras propias de los procesos tanto declarativos como de ejecución, la tercera únicamente en procesos declarativos. La cuarta en procesos de sucesión, en tanto que la quinta en procesos penales. Ahora bien, el embargo y secuestro también son de práctica en los procesos penales, así estableciéndolo el CPP en su artículo 92.

La cautela nominada podrá solicitarse desde la presentación de la demanda y en el curso del proceso, incluso cuando en el proceso declarativo o en el de ejecución ya se profirió sentencia. Cosa distinta se debe indicar respecto del proceso arbitral.

Ahora bien, a veces del artículo 589 del Código General del Proceso, referido a las medidas cautelares extraprocesales, nada impide que estas sean solicitadas en la práctica de una prueba extraprocesal, dado su carácter de garantistas, pero además por su urgencia.

4. La medida cautelar innominada

Uno de los aportes del actual Código General del proceso en materia de las medidas cautelares reguladas en el libro cuarto del estatuto, es la medida

cautelar innominada. Basta remitirnos al artículo 590 –medidas cautelares en procesos declarativos- para advertir su inclusión en el numeral 1° a partir del literal c).

De tal manera, hoy, en los procesos judiciales inherentes a las especialidades jurisdiccionales civil, familia, comercial y agrario, disponemos de la cautela innominada, a más de su regulación en otros estatutos procesales, así, el CPACA en su artículo 229.

A voces del artículo 92 del CPP, inciso primero, también es de recibo la cautela innominada.

Sin perjuicio de la importancia de su inclusión en los estatutos precedentes, necesario es precisar que la existencia de la cautela innominada no se contrae a reciente codificación, no, ya por ejemplo desde el año 1996 con las leyes 294 –protección por violencia intrafamiliar- y 256 –competencia desleal- se normó e implementó esta clase de cautelares.

Respecto de la Ley 294 de 1996, en el artículo 4° se advierte la existencia de la cautela innominada, al señalarse que ya sea el Comisario de Familia o el Juez, podrán ordenar una medida de protección a la víctima y que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente. A su turno el artículo 5° prioriza la cautelar innominada al dejarle al funcionario encargado la prerrogativa de decretar la medida de protección que considere necesaria y suficiente para el caso concreto, sin perjuicio de poder ordenar, además, aquellas taxativas contenidas a continuación en el citado artículo.

A su turno, la Ley 256 de 1996, artículo 31, regula la cautelares en materia de las acciones por competencia desleal, la cuales podrán ser decretadas y practicadas ya sea por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) o por el juez civil, dado de que dichos funcionarios podrán conocer a prevención de esta clase de controversias (artículo 24 del Código General del Proceso)⁷.

⁷ Así lo prevé el artículo 24 del Código General del Proceso.

Señala la precitada norma que, comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes. Nótese que del contenido normativo se advierte la regulación de una medida de ejecución anticipada del fallo⁸ y la cautela innominada.

5. Características de la cautela innominada

Sin duda, una de las características más relevantes de esta clase de cautelas es precisamente el de carecer per se de una denominación taxativa en la norma que la contenga, además, carece de antemano de una función o presupuesto preestablecido desde lo normativo. Le corresponde al peticionante en su solicitud, darle una denominación a la cautelar de la que está solicitando su decreto y práctica, la cual deberá guardar íntima relación con aquello que se está solicitando. De igual manera deberá indicarle al juzgador cuál es el propósito de la cautelar, que se busca, que derecho o conjunto de derechos se busca proteger.

Al proponerse la cautela innominada, el peticionario deberá asegurarse la adecuada presentación tanto del *argumento*, como de la *argumentación* de este. Lo primero estará contenido en la norma jurídico procesal, es decir en el señalamiento del supuesto de hecho, el cual, de ocurrir, le impone al juzgador aplicar la consecuencia jurídica que trae aparejada la misma norma. La argumentación corresponde a la manera como el solicitante o su apoderado judicial le presenta al juzgador el argumento jurídico, a fin mostrarle la necesidad, urgencia y conveniencia de la cautelar innominada. Ahora bien, como precisamente la cautela innominada constituye un universo de posibilidades por su no taxatividad, la carga argumentativa de la parte debe ser más exhaustiva en la medida que debe demostrar la necesidad de su

⁸ En materia de la clasificación general de las cautelas, necesario advertir desde ya la existencia diferenciada de medidas cautelares, medidas de ejecución anticipadas del fallo y medidas de ejecución provisional del fallo. No es dable, por tanto, confundir su contenido y alcance.

decreto y práctica y la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*- a fin el juzgador la decreta sin el temor de creer estar prejuzgando o estar decretando una indeterminación (artículo 229 del CPACA; artículo 12 del Código General del Proceso)⁹.

En concreción a lo señalado podemos señalar las siguientes características de la cautela innominada:

- i. La cautela innominada dispone de un amplio espectro para su realización dado su indeterminación tanto en la denominación como en su objeto.
- ii. Proceden a petición de parte. La actividad oficiosa se contrae, a partir de un primer control de legalidad por el juzgador, a establecer su necesidad y alcance. De requerirse, su modificación o proceder a decretar otra diferente a la pedida, en razón del efecto nocivo que pudiere causar, o por la carencia de razonabilidad en su petición.
- iii. Su objeto es dual, de una parte, tal como también es objeto de la cautelar nominada, ser mecanismo anticipatorio de garantía de efectividad del futuro fallo a preferirse; de otra parte, ser instrumento para la protección actual el objeto en litigio, evitar su infracción o minimizar las consecuencias nocivas en el evento de ya haber ocurrido la vulneración del derecho que se está discutiendo en el proceso (artículo 590, numeral 1, literal C del Código General del Proceso)¹⁰.
- iv. La parte solicitante tiene una carga mayor al sustentar la razón por la cual considera procedente, adecuado y necesario el decreto y práctica de esa cautela, la cual per se no está consagrada taxativamente en el ordenamiento

9 Sobre el eventual temor del juzgador al considerar que decretando una cautela innominada podrá estar prejuzgado, por tanto, considerando que debe en consecuencia abstenerse de su decreto y práctica, necesario es señalar que dicha posición no tendría justificación, ello a voces del artículo 229 del CPACA, norma que expresamente establece que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento. Ahora bien, por remisión normativa lo reglado en esta norma es de aplicación, por ejemplo, en los procesos a que refieren las especialidades jurisdiccionales contenidas en el CGP, ello a voces del artículo 12 de dicho estatuto.

10 Ver artículo 590, numeral 1°, literal c) del Código General del Proceso.

procesal. Vale decir, es más riguroso la aportación del material probatorio tendiente a demostrar la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*– (artículos 590 y 599 del Código General del Proceso; artículo 32 de la Ley 1563 de 2012)¹¹.

- v. Si bien la cautela innominada procede a petición de parte, le corresponde al juez como director del proceso, hacer un control de legalidad igualmente más riguroso dado lo indeterminado que podrá ser lo que solicita la parte, a más de la protección que se debe dar tanto a la parte que solicita la cautelar, como a la parte que la debe soportar.

A propósito de estas características la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha señalado las principales características de la cautelar innominada:

- i) La cautela nominada está expresamente indicada en la ley; ii) la cautela innominada es propuesta por la parte, tienen un **carácter novedoso e indeterminado**, el juez debe realizar un estudio más riguroso para decretarlas (C.S.J. sala de Casación Civil, Sentencia STC-152442019. Rad. 11001020300020190295500. Nov 8/19).

6. La cautela innominada en otros ordenamientos procesales

El CPACA en el artículo 229 determina que petición de parte el Juez o el Magistrado Ponente podrá en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...)

De lo normado en el inciso primero del mencionado artículo se establece: (i) la cautela preferente en el proceso ante el contencioso administrativo es la innominada, sin perjuicio de poder solicitarse y decretarse aquella cautelar

¹¹ A la apariencia del buen derecho –*fumus boni iuris*– refieren artículos como el 590 y 599 del CGP y artículo 32 de la Ley 1563 de 2012, el actual estatuto arbitral nacional e internacional.

nominada contenida otrora en el Código Contencioso Administrativo (CCA), referimos a la suspensión provisional del acto impugnado; (ii) procede la cautelar innominada a petición parte, reiterando en consecuencia la norma una de las características más relevantes, proceder a solicitud del interesado; (iii) la solicitud debe estar suficientemente motivada; (iv) la cautela innominada se establece con dos propósitos específicos, de un lado para la protección del objeto del proceso, además, para lograr anticipadamente la efectividad de la sentencia que luego se deberá proferir.

La Ley 1563 de 2012 -actual estatuto arbitral nacional e internacional- en el artículo 32 regula por doble vía la cautela innominada. Primeramente, cuando hace expresa remisión al contenido que sobre cautelares es posible su práctica en procesos ante las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativo. Ambas jurisdicciones contemplan en sus ordenamientos procesales la cautela innominada, por tanto, por remisión normativa, en el proceso arbitral es dable su decreto y práctica. Además, expresamente dicho artículo indica que el tribunal arbitral podrá decretar cualquier otra medida que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, pero igualmente para la efectividad de la pretensión, es decir, la doble función que hemos advertido es propia de la cautela innominada.

Ahora bien, al momento de la parte solicitar una cautelar innominada y luego el juez hacer un primer control de legalidad a fin determinar si se decreta y practica, se debe dar cumplimiento a aquellos presupuestos y características propias de las medidas cautelares. Por tanto, necesario es abordar breve análisis tanto de los presupuestos como de las características que rigen esta especial forma de garantismo, protección y efectividad de las decisiones judiciales.

7. Presupuestos de las medidas cautelares

La solicitud, decreto y práctica de cautelares está ligada a la observancia por los sujetos procesales, de una serie de presupuestos, los cuales se establecen en universales, vale decir, de observancia en los distintos ordenamientos

procesales de los países. Corresponde en consecuencia abordarlos, aun cuando de forma sucinta:

i. FUMUS BONI IURIS: (*Humo del Buen Derecho*).

Para decretar la medida cautelar se debe partir de una apariencia del derecho o de un mínimo grado sobre la verosimilitud del mismo, como indica alguna parte de la doctrina que exista al menos un “*humo*” del derecho pretendido o invocado. Verosimilitud en la situación jurídica planteada. Apariencia de un buen derecho.

Así lo advierte por ejemplo el artículo 590 del CGP, *medidas cautelares en procesos declarativos*, numeral 1º literal c) inciso tercero de la norma. De igual manera el artículo 35 ley 1563/12 –Estatuto arbitral nacional e internacional-.

Otros artículos del CGP con distinta terminología refieren a la necesidad de demostración *a priori* de aquel mínimo de apariencia del derecho sobre el cual el juzgador se pronunciará ya sea en la sentencia, sea en el laudo, o de ser el caso en providencia interlocutoria. Basta señalar lo regulado sobre la materia en los artículos 386 y 599 del CGP.

Ahora bien, como el CPACA, artículo 229 no hace expresa referencia, entonces por remisión normativa se acude al artículo 590 del CGP.

ii. PERICULUM IN MORA: (*Peligro de la demora*)

Tiene plena justificación el decreto y práctica de medidas cautelares en los procesos, incluso antes que estos se provoquen, por la demora, la tardanza en la tramitación de los procesos, evitándose así que el fallo a proferirse, llámese sentencia o laudo arbitral, quede sin efectos materiales o se haga nugatorio, sea este de carácter patrimonial o de índole personal.

Referimos aquí al tiempo que normalmente toma el trámite del proceso judicial, sobre todo los contenciosos. En ocasiones se hace necesario referir a la excesiva demora en la resolución del contencioso, lo cual podrá dar al traste con la obtención de una verdadera tutela judicial efectiva.

Al precaver el tiempo que toma el trámite procesal, se justifica desde la presentación de la demanda, en ocasiones desde antes, o el curso del proceso, la práctica de medidas cautelares ya sean personales o patrimoniales, así evitar hacer nugatoria los efectos de la sentencia o el laudo arbitral que se profiera.

- iii. PERICULUM IN DAMNI: (*Peligro de daño*). También denominado PERICULUM IN FACTI: (*Peligro irreparable*).

Aquí se busca precaver el hecho de no decretarse y practicarse oportunamente las cautelas pedidas, incluso aquellas que por mandato legal se deben decretar de oficio. Se podría generar un daño por el juzgador, generándose ya no un “peligro” por la no ejecución o efectividad de la Sentencia –*carácter real*–, ello correspondería al *periculum in mora*, NO, aquí sería un *daño* inmediato de carácter personal, daño que sufriría una de las partes a manos de la otra, tal es el caso de las medidas de protección a la víctima de violencia intrafamiliar, o en procesos de divorcio la separación provisional de los cónyuges. Luego ante la inminencia del daño le corresponde al juzgador de manera inmediata decretar las cautelares que conjuren o impidan la realización de aquellos actos por la otra parte, evitando así la consumación de un daño o perjuicio. Evitarlo le corresponde al juzgador, luego el no decreto y consumación urgente de la cautelar, de llegar a ocurrir el daño por esa demora excesiva, no prudente, traerá como consecuencia que el órgano jurisdiccional deba responder la reparación del daño y consecuente indemnización del perjuicio causado por la omisión o por el retardo.

A voces del CGP le corresponde al juzgador observar los mandatos del artículo 588 del CGP, estando en concordancia lo allí normado con lo

regulado en el artículo 589 del CGP, de igual manera con el decreto y práctica de las medidas de protección a la víctima a que refiere la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia).

Respecto de la observancia de la carga procesal por el peticionante, de los presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, se arguye por parte de la doctrina y la jurisprudencia que, en ocasiones es el mismo legislador quien liberó a aquel de la demostración ante el juzgador de los mismos, de suyo, en consecuencia, liberando al juzgador de su análisis y confrontación frente al mínimo de prueba que debe acompañar la solicitud de cautelares. En específico se hace referencia a lo normando en el artículo 590 del CGP, numeral 1º, literales a y b.

iv. SUSPECTIO DEBITORIS: (*Sospecha del Deudor*)

Algunas legislaciones consagran como requisito para el decreto y práctica de Cautelas el hecho mismo que la parte que debe soportarlas proyecte o genere una impresión en el sentido que podría llegar a sustraerse al cumplimiento de los mandatos del fallo. Aquí juega un papel determinante la comprobación previa de circunstancias tales como los antecedentes de mal manejo de los bienes, reiteradas deudas insatisfechas espontáneamente, simulación de bienes demostrada judicialmente, etc.

La normatividad procesal nacional no consagra este principio de manera expresa, de tal manera que se entiende una inclusión tácita. Pareciera ser que se parte de una presunción de mala fe, o al menos se presume que dentro de lo razonable está que el demandado o la parte que soportará la cautela podrá realizar maniobras evasivas tendiente a esquivar el cumplimiento de la futura decisión judicial. De allí que las cautelares patrimoniales por regla general se decretan y practican *inaudita parte*.

El artículo 2374 C.C., si reconoce la existencia de este presupuesto, ello al indicar que está obligado a prestar *fianza*, el deudor de quien haya **motivo de temer** que se ausente del territorio, con ánimo de establecerse

en otra parte, mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones.

v. **CONTRACAUTELAS:** *(La cautela en favor de quien soporta la cautela)*

Por regla general requisito previo al decreto de las cautelas pedidas en los procesos declarativos, incluyendo el proceso arbitral, consiste en que el interesado debe prestar **caución** en la forma y cuantía que el Juez señale, salvo que sea la misma ley que lo señale. La caución tiene como propósito que al menos en parte se garantice el pago de eventuales perjuicios que con ocasión de la práctica de las medidas cautelares se le causen al afectado con ellas, en el evento ser levantadas. Por ello la obligación de prestar caución recibe el nombre de CONTRACAUTELA, constituyéndose en la garantía de cumplimiento de quien las solicita frente a quien debe soportarlas, estableciéndose de esta manera garantía de igualdad de las personas frente a la Ley y el proceso. Sobre este presupuesto refieren artículos como el 590 y 599 del CGP, el artículo 32 de la Ley 1563 de 2012 (estatuto arbitral).

En todo caso sobre cauciones necesario consultar los artículos 603 y 604 CGP.

vi. **FUNDAMENTO RAZONABLE:**

Este es presupuesto de resorte del juzgador, en la medida que, será él, quien, a partir de conjugar los demás presupuestos aquí indicados, evaluará, hará un control de legalidad frente a la clase de proceso en el cual se está solicitando la cautela o se pretende decretar de oficio y el impacto que podrá llegar a tener respecto, ya sea de las partes o de terceras personas, como también de lo que se pretende garantizar o proteger, las intromisiones en derechos y garantías fundamentales, etc.

8. Características generales de las medidas cautelares

Ahora bien, de la observancia de los presupuestos ya abordados, se desprenden unas características de las cautelares, las cuales, de igual manera, son de obligatoria observancia por los sujetos procesales, evitándose así, eventuales nulidades, el levantamiento de las cautelares practicadas, y de contera, eventuales incidentes condenatorios de perjuicios por el levantamiento de las cautelares o por e exceso en su práctica.

Desde un aspecto general, las medidas cautelares se caracterizan por una triada fundamental: *JURISDICCIONALIDAD*, *INSTRUMENTALIDAD* y *PROVISIONALIDAD*.

La Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento ha señalado sobre las medidas cautelares tanto nominadas como innominadas son una herramienta procesal que pretende asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales.

Señala dentro de las características de las cautelares su: i) instrumentalidad; ii) ser asegurativas; iii) provisorias o temporales; iv) variable o modificable; v) accesoria al proceso particular. (Sentencia STC-15244 de 2019).

No obstante, dado los alcances y diversidad de procesos en los cuales se practican aquellas, la jurisprudencia y doctrina ha ampliado drásticamente las características de las medidas cautelares, bajo una triada inicial: Ser: GARANTISTAS, ACCESORIAS, PROVISIONALES.

La doctrina, aunado a la jurisprudencia, han establecido, respecto de las cautelares, las siguientes características:

» JURISDICCIONALIDAD:

La Cautela cumple esta función en la medida que es al Estado a quien le corresponde dirimir el conflicto con fuerza vinculante –*poder de decisión-*

pero además tiene la función de efectivizar la decisión judicial –*poder de ejecución*–.

Así para poder cumplir con el poder de ejecución debe el Estado procurar normalmente desde el comienzo de la actuación procesal, en ocasiones antes, tomar las medidas precautelativas que vayan asegurando la *eficacia* del futuro fallo favorable.

En suma, las cautelares por regla general son decretadas y practicadas por quien tiene jurisdicción y competencia, incluyéndose aquí ciertas autoridades administrativas al cumplir funciones jurisdiccionales (por ejemplo, lo normado en la ley 256 de 1996, artículo 31, sobre competencia desleal. Ver igualmente artículo 24 del CGP). Ahora bien, determinadas autoridades administrativas igualmente son competentes para decretar y practicar medidas cautelares. Así, la Ley 610 de 2000, artículo 12, en materia del trámite a fin de establecer una eventual responsabilidad fiscal.

» INSTRUMENTALIDAD:

Sin duda la medida cautelar se constituye en el instrumento de *efectividad* del derecho que la accionante procura sea declarado y protegido por vía jurisdiccional. No es autónoma la cautela, su existencia, su práctica, depende de la existencia y trámite de un proceso judicial o en todo caso de una actuación que se constituya en jurisdiccional.

» PROVISIONALIDAD:

La medida cautelar es esencialmente provisional, es regla que la cautela en algún momento se levante, expire. La provisionalidad está íntimamente ligada a la *accesoriedad* en la medida que se requiere la existencia de un proceso judicial para su práctica. Por regla es posible que la cautela se levante y el proceso continúe, pero no lo contrario. No obstante, ocurre eventos en los cuales aún que termine el proceso, continúen vigentes las

cauteladas, las cuales posteriormente harán parte de proceso posterior en el cual se efectivizarán.

Es el caso de cauteladas patrimoniales que practicadas en proceso declarativo, luego harán parte de posterior ejecutivo, como en la responsabilidad civil. Lo correspondiente lo analizamos a partir de los artículos 590 en concordancia con el 306 del CGP.

En materia de familia nos centramos en lo normado en el artículo 598 del CGP, sin perjuicio de lo que se consagre en normas especiales.

Igual sucede en el proceso de restitución de inmueble arrendado, desde la presentación de la demanda a fin adelantar el proceso declarativo, el demandante podrá solicitar la practicar del embargo y secuestro de bienes y una vez terminado con Sentencia en firme a favor de las pretensiones, las cauteladas subsistirán en el tiempo, condicionado ello a que el interesado provoque ejecución dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del fallo, o la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, o a la ejecutoria del auto que aprueba las costas del proceso. Sobre el tema consultar el artículo 384 del CGP.

Según el artículo 590 *ibidem*, en concordancia con el artículo 306 del CGP, el término de los 30 días correrá desde la ejecutoria de la sentencia o desde la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, si el fallo a ejecutar es el de segunda instancia. Se advierte diferencias respecto de lo regulado en el precitado artículo 384 del CGP.

Si se ha practicado medidas cautelares anteriores a la sentencia y esta resultare favorable, dichas cauteladas se constituyen en medidas ejecutivas. Ejemplo en el proceso ejecutivo singular quirografario, previo a la notificación del auto de mandamiento se embargan y secuestran bienes (inaudita parte), luego se profiere sentencia de seguir adelante la ejecución y se procede al avalúo y remate de bienes para satisfacer el crédito indubitado, aquí lo que comenzó bajo el concepto de cautela

provisional, se convirtió en medida ejecutiva o de ejecución propiamente dicha. Lo aquí señalado tiene necesaria relación con lo señalado respecto del concepto y alcance de las *medidas de ejecución anticipadas del fallo*.

» GARANTISTA:

La eficacia de la decisión jurisdiccional o lo que es lo mismo la *garantía de eficacia* de un número nutrido de fallos radica en las cautelas oportuna y legalmente practicadas, se requiere una sentencia con alcance material, no meramente formal. Esta característica es predicable tanto respecto de las medidas cautelares, como de las medidas de ejecución anticipadas del fallo.

» ACCESORIEDAD:

No se reconoce en nuestros ordenamientos procedimentales la medida cautelar como un *PROCESO AUTÓNOMO* sino como un mecanismo de *efectividad* de la decisión judicial. Así la cautela se decreta y practica por regla general al interior de un proceso principal, sin perjuicio que ciertas cautelas se practiquen previo al proceso de manera *urgente*, como se establece en la Ley 294 de 1996 –*Prevención de Violencia Intrafamiliar*–, basta una lectura a los artículos 4º y 5º de la Ley:

ARTÍCULO 4o. <Artículo modificado por el artículo 1o. de la Ley 575 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico o síquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al Comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de éste al Juez Civil Municipal o promiscuo municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente.

Cuando en el domicilio de la persona agredida hubiere más de un despacho judicial competente para conocer de esta acción, la petición se someterá en forma inmediata a reparto (...)

ARTÍCULO 5o. <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 575 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Si el Comisario de Familia o el Juez de conocimiento determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia o maltrato, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas:

- a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, siempre que se hubiere probado que su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia;
- b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a discreción del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquél moleste, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada;
- c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar;
- d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor cuando éste ya tuviera antecedentes en materia de violencia intrafamiliar;

e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima;

f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición el Comisario ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere;

g) Cualquier otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. En los procesos de divorcio o de separación de cuerpos por causal de maltrato, el juez podrá decretar cualquiera de las medidas de protección consagradas en este artículo.

PARÁGRAFO 2o. Estas mismas medidas podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por el fiscal que conozca delitos que puedan tener origen en actos de violencia intrafamiliar. El fiscal remitirá el caso en lo pertinente a la Acción de Violencia Intrafamiliar, al Comisario de Familia competente, o en su defecto al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, para que continúe su conocimiento.

Igual ocurre en la Ley 1098 de 2006 “*Código de la Infancia y la Adolescencia*”, en aspectos tales como la adopción, la violencia en la cual la víctima es el menor de edad, los alimentos, las infracciones penales; normatividad dispersa en la cual se consignan diferentes medidas precautelativas.

Lo aquí señalado sin perjuicio de lo acotado respecto a lo que debemos entender por proceso cautelar.

En todo caso debemos revisar sobre el particular, lo regulado en el artículo 589 del CGP sobre la práctica de medidas cautelares extraprocesales, lo

cual nos lleva consecuentemente al análisis de los dos últimos incisos del artículo 23 del mismo estatuto.

» URGENCIA:

La práctica de la medida cautelar en esencia busca que la *garantía de eficacia* sea inmediata, impidiendo que el obligado se sustraiga a su cumplimiento, por ejemplo, mediante actos de insolvencia, simulación etc., o evitando que prosiga la agresión o cese la amenaza inminente. Es lo que justifica que las cautelas se practiquen previo a la vinculación del demandando al proceso, que se utilice en su práctica la sorpresa (*inaudita parte*). Esta característica se plasma en los artículos 588 y 589 del CGP. De igual manera tratándose de la cautela de *guarda y aposición de sellos*, previo a provocar el proceso de sucesión.

En la ley 294/96 el juez o el comisario dentro de las cuatro (4) horas siguientes a avocar conocimiento podrán adoptar medidas de protección provisionales.

A su turno la Ley 256 de 1996, sobre competencia desleal, artículo 31, señala en sus incisos 2 y 3, que las cautelares son de tramitación preferente y en caso de peligro grave e inminente, podrán dictarse dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de la solicitud e inaudita parte.

» CARÁCTER EJECUTIVO:

El poder de ejecución que emana de la jurisdicción se materializa cuando previo al fallo judicial se aseguró su cumplimiento, así se evita el fallo meramente formal. Un fallo no tiene *efectividad* por sí mismo, se logrará en la medida que practicadas cautelas se materialice el derecho. Así, en un proceso ejecutivo por obligación de dar sumas de dinero, desde la presentación de la demanda se solicitan medidas cautelares, luego de proferirse sentencia o auto de seguir adelante la ejecución se establecen bajo la denominación y alcance de *medidas ejecutivas*.

Igual es dable predicar de los alimentos provisionales, los cuales en un proceso bajo modalidad impositiva o de fijación de cuota, si al demandado se le condena a pagar los alimentos pedidos, esa fijación se convierte, en definitiva, en tanto persistan en el tiempo las circunstancias fácticas que dieron lugar a la condena.

» PROPORCIONALIDAD:

La medida cautelar no puede superar en su práctica el derecho eventual que se requiere garantizar. La cautela no es mecanismo para proteger los derechos de una de las partes, en detrimento de los derechos del otro. Le corresponde al juzgador, independientemente de la cautela solicitada, decretar la que en verdad garantice, sin llegar a perjudicar excesivamente a quien debe soportarla. Aquí surge por ejemplo la posibilidad de la reducción de embargos, derecho consagrado en el artículo 600 del CGP, y el beneficio de competencia regulado en el artículo 445 CGP. Consideramos incluir aquí el Beneficio de excusión contenido en el artículo 442 ibidem.

Igualmente, el artículo 593 del CGP a propósito de la cautela del embargo hace mención expresa a esta característica.

Ahora bien, tratándose de las cautelares innominadas el test de proporcionalidad a la que somete el juez la solicitud que le ha elevado la parte, sin duda debe ser más rigurosa dado lo extenso y eventualmente etéreo, que solicita el interesado.

» MUTABILIDAD:

Por regla general las medidas cautelares son mutables, es así como por ejemplo un embargo practicado sobre bienes del deudor se pueden luego considerar excesivos y ordenarse de oficio o a petición de parte su reducción, o modificar una cautela ya practicada por otra que ofrezca mayor garantía, etc.

En materia de cautelas personales por violencia intrafamiliar se pudo haber decretado frente al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, luego se provoca la demanda de divorcio con base en causal tercera y allí se decreta la *Separación de residencia provisional de los cónyuges*, nótese que se mutó la cautela.

Respecto de cautelas innominadas señala el artículo 590 CGP que el juez podrá de oficio o petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la cautela.

» RAZONABILIDAD

Presupuesto íntimamente ligado al de la proporcionalidad, en el sentido que el Juez al decretar y ordenar la práctica de la medida cautelar no puede apartar en su gestión la imparcialidad que lo obliga, el principio de igualdad que se predica genéricamente de las partes en el proceso, el derecho que se pretende proteger o la obligación que se exige. No le es dable al juzgador practicar sin control alguno toda cautela que le sea solicitada por la parte.

Advierte el inciso 3° del literal c) numeral 1° del artículo 590 del CGP que el juzgador al decretar la cautela, a más de tener en cuenta la *apariencia del buen derecho*, también la necesidad, efectividad, y proporcionalidad de la medida, pudiendo en todo caso decretar una menos gravosa o diferente a la solicitada. Igualmente tendrá que establecer su alcance, su duración, pudiendo disponer su modificación, sustitución o cese de la medida.

» DISCRECIONALIDAD

El juez como director del proceso tiene el deber de hacer un control de legalidad respecto de las medidas cautelares que las partes, otras partes y terceros intervinientes hayan solicitado, incluso sobre aquellas cuya procedencia es de oficio.

No toda medida cautelar podrá ser decretada por el solo hecho ser procedente según una norma que así lo establezca, el juez con sus facultades de dirección será quien en últimas determine la procedencia, efectividad e impacto tanto positivo como negativo frente a quien la solicita, como respecto de quien debe soportarla. Luego el juzgador podrá decretarla o abstenerse de hacerlo; o podrá decretar otra que, siendo garantista, sea a su vez menos gravosa. Así lo establece por ejemplo los artículos 590 del CGP y el 32 del estatuto arbitral.

Analizado lo inherente a los presupuestos y características de las cautelas en general, lo cual es aplicación tanto respecto de las nominadas, como de las innominadas, veamos su aplicación en el artículo 590 del Código General del Proceso, dado que esta norma tiene dos características importantes, de un lado está contenida en el ordenamiento procesal que tiene el carácter de residual como lo es el CGP, de otro, regula lo inherente a las medidas cautelares en el proceso declarativo, justamente aquel en el cual es procedente la cautela innominada, aun cuando, como lo hemos venido sosteniendo, la cautela innominada es transversal lo que significa poderse solicitar por el interesado y el juez decretarla en procesos tales como el ejecutivo y algunos procesos liquidatorios, sin excluir claro está, el proceso de jurisdicción voluntaria. Es fundamento principalísimo de la cautelar innominada la protección actual del derecho en litigio y ese garantismo debe operar respecto de cualquier proceso judicial sin miramientos de la clase de proceso de que se trate. Ahora, frente a la afirmación de la procedencia de la cautela innominada en los procesos ejecutivos, necesario precisar que referimos en concreto a las ejecuciones por obligación de dar bienes distintos al dinero, obligaciones de hacer y de no hacer, dado el componente del perjuicio actual o inminente, lo que lleva a la protección actual y urgente del objeto del litigio, circunstancias que no se lograrían satisfacer únicamente a partir de cautelares propias del proceso ejecutivo por obligación de dar sumas de dinero, como lo es el embargo y el secuestro.

Centrémonos entonces en el citado artículo 590 del Código General del Proceso. La norma en el numeral 1º en el literal c) regula la cautela innominada al indicar que el juez podrá decretar cualquier otra medida que encuentre razonable tanto para la protección del derecho objeto del litigio, como para asegurar la efectividad de la pretensión. Aquí podemos advertir el doble garantismo de la cautela innominada.

En el inciso segundo del literal c) se contiene una exigencia probatoria, le corresponde al peticionante, con su solicitud, demostrar tanto la legitimación en la proposición de la cautela, como la demostración de la vulneración actual de un derecho suyo, o la amenaza actual cierta y seria que podrá llegar a ocurrir. Aspecto probatorio a cargo del solicitante de la cautela lo es asegurarse demostrar la apariencia de buen derecho respecto de sus pretensiones o excepciones o pedimento de su intervención *-fumus boni iuris-* en la medida de constituirse en requisito *sine qua non* a fin el juez considere decretar y practicar la cautela.

El inciso tercero del precitado literal c) del numeral primero, del artículo 590 del CGP contiene igualmente aspectos inherentes a la observancia de ciertas características propias de las medidas cautelares. Así tenemos, observancia por el juzgador de la proporcionalidad, razonabilidad y mutabilidad de la cautelar, en específico cuando advierte que el juzgador podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada.

Hace referencia de igual manera el inciso tercero a una de las características más importante en materia de cautelas y su permanencia en el tiempo, referimos a la provisionalidad, basta revisar el contenido normativo señalado en el párrafo segundo del artículo 590 del CGP, en el evento de requerirse a continuación del declarativo, provocar ante el juez de la primera instancia, el proceso de ejecución a fin de efectivizar lo resuelto en el fallo de fondo proferido en aquel.

9. Medidas cautelares y su contraposición frente a las medidas de ejecución anticipadas del fallo

Uno de los errores usuales en el abordaje, estudio y aplicación práctica de las medidas cautelares es la confusión recurrente entre lo que son las medidas cautelares y las *medidas de ejecución anticipadas del fallo*. Las primeras son mecanismos paralelos y complementarios al proceso principal, las cuales buscan de manera anticipada, por lo general *inaudita parte*, ir asegurando en todo o en parte la eficacia del futuro fallo favorable a quien solicitó las cautelas. En ocasiones, es el caso de las innominadas, para la protección actual del derecho en litigio.

Las denominadas *medidas de ejecución anticipadas del fallo*, son mecanismos por los cuales se le solicita al juzgador, traer a tiempo presente, mayormente *inaudita parte*, los efectos de aquel fallo que aún no se ha proferido, pero que, por la urgencia, se requiere de inmediato pronunciamiento por el juzgador en aras de ir efectivizando o protegiendo un derecho del litigante.

Así, en procesos de la jurisdicción ordinaria, especialidades jurisdiccionales civil, familia, comercial y agrario, además por residualidad o remisión normativa en materia laboral, se dispone tanto de medidas cautelares, nominadas como innominadas, pero a su vez de medidas de ejecución anticipadas del fallo. Piénsese por ejemplo en el proceso de impugnación de actas de asambleas y juntas de socios, cuando el demandante solicita la “*suspensión provisional del acto impugnado*”, lo pedido no es una medida cautelar, es en verdad una medida de ejecución anticipada del fallo.

Para la especialidad jurisdiccional de familia, bastante conocidas medidas de ejecución anticipada del fallo como lo son los alimentos provisionales, autorización de residencia separada de los cónyuges, guarda y custodia provisoria, regulación de visitas provisionales. Más cuando en procesos como lo son el divorcio, la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, la separación de cuerpos, entre otros, cualquiera de los cónyuges solicita el

embargo y secuestro de bienes que pueden ser objeto de gananciales, se estará solicitando medidas cautelares nominadas.

Más en los procesos contenciosos antes citados, igualmente se podrá solicitar la práctica de medidas cautelares innominadas, tanto *inaudita parte*, como en el curso del proceso. Consideremos por ejemplo en el proceso de pertenencia, cuando el poseedor demandante le asegura a su apoderado judicial que el demandado -nudo propietario- viene sistemáticamente en su núcleo social haciendo afirmaciones tales como que le está “robando” su predio, que es un ladrón de tierras, lo que consecuentemente le ha afectado gravemente su buen nombre y le ha cerrado varias oportunidades laborales que le afectan gravemente sus ingresos. Como apoderados del poseedor demandante solicitaremos al Juez el decreto y práctica de una cautela, dándole una denominación adecuada, por la cual se pedirá que se le prohíba al nudo propietario cesar en sus afirmaciones deshonorosas, so pena de que el juez haga uso de sus poderes correccionales. El apoderado se sustentará en los artículos 590 y 44 del CGP.

Conclusiones

La tutela jurisdiccional efectiva en cualquiera de los procesos judiciales y ciertas actuaciones administrativas, no se logra per se por el mero fallo proferido, se requiere en la mayoría de los eventos de la oportuna práctica de medidas cautelares tanto nominadas como innominadas, a más de ciertas medidas de ejecución anticipadas del fallo, las cuales no son menos importantes.

Sin desconocer la indiscutida importancia de la cautela nominada y trayectoria histórica, hoy, tanto en la jurisdicción ordinaria en sus diferentes especialidades jurisdiccionales, como en las jurisdicciones especiales, se dispone de la medida cautelar innominada con su doble propósito garantista. Su entronización en estatutos procesales como el CGP y el CPACA no ha sido fácil, los jueces en un primer momento han sido un tanto reticentes a su decreto y práctica justamente al considerar sin soporte normativo taxativo el pedimento que le presenta el justiciable, lo advierten sin fundamento, a más de cierta aprehensión

en su decreto bajo la creencia infundada por demás, que al hacerlo caen en una especie de prejujuamiento. Basta recordarles comedidamente a los señores jueces lo normado en el artículo 229 del CPACA, cuando el juzgador decreta cautelares innominadas no está prejujuado.

La aseguranza por el juzgador lo es frente a la demostración por el peticionante de una mínima apariencia de buen derecho, a más de la observancia de la proporcionalidad, razonabilidad, necesidad y conveniencia de la cautelar innominada, si todo ello está corroborado, la actuación garantista del juzgador le debe indicar que a la brevedad, deberá decretar y practicar la cautelares pedidas, para lo cual deberá observar los presupuestos contenidos en el artículo 588 del CGP, so pena de poder caer en los presupuestos inherentes al *periculum in damni*. Estaría el juzgador construyendo su propio perjuicio.

El abogado de hoy a partir del concepto: el proceso judicial como garantía Constitucional y legal de la preservación de los derechos individuales y colectivos, tiene indiscutida claridad que la obtención de mera justicia formal, a partir del fallo proferido, sea sentencia o laudo arbitral, no se establece en suficiente para el logro del fin último de la actuación jurisdiccional, el logro de la paz y la armonía sociales. El justiciable requiere la materialización de sus derechos, o lo que es lo mismo, la obtención de una tutela jurisdiccional efectiva, la cual, en no pocos eventos, se logra a partir del oportuno decreto y práctica de medidas cautelares, tanto nominadas, como las innominadas, es lo que solemos denominar una justicia material.

Referencias bibliográficas

CARNELUTTI, Francesco. (2017). Instituciones Del Nuevo Proceso Civil Italiano, Trad. de: Jaime Guasp. Lima: Instituto Pacífico.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 1996. “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”. Diario Oficial No. 42.692 de 18 de enero de 1996. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0256_1996.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 294 de 1996. “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”. Diario Oficial No. 44.837 del 22 de julio de 1996. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5387>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 de 2000. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0610_2000.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Diario Oficial No. 45.657 de 31 de agosto de 2004. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#TITULO%20P

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Diario Oficial No. 46. 446 de 8 de noviembre de 2006. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. 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 del 12 de julio de 2012.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Diario Oficial No. 116 de 20 de julio de 1991. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 25. 7 al 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 379 de 2004. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra; 27 de abril de 2004). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU 913 de 2009. (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; 11 de diciembre de 2009). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/SU913-09.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 144 DE 2015. (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; 6 de abril de 2015). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia STC15244 de 2019. (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; 08 de noviembre de 2019). <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-841989530>

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD DE ARTÍCULO PRESENTADO

Por medio de esta comunicación certificamos que el artículo que estamos presentando para posible publicación en la revista institucional impulsada de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Principia Iuris, es de nuestra entera autoría, siendo sus contenidos producto de nuestra directa contribución intelectual.

Todos los datos y referencias a publicaciones hechas están debidamente identificadas con su respectiva nota bibliográfica y en las citas que se destacan como tal.

Por todo lo anterior, declaramos que el material presentado se encuentra conforme a la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual, y por lo tanto, nos hacemos responsables de cualquier reclamación relacionada a esta.

En caso de que el artículo presentado sea publicado, manifestamos que cedemos plenamente a la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja los derechos de reproducción del mismo y accedemos a las modificaciones que de forma se requieran para adaptarse a la estética de la revista. Como contraprestación de la presente cesión, declaro mi conformidad de recibir (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca nuestro artículo.

POLÍTICAS EDITORIALES

La Revista Principia Iuris es una publicación académica Trianual (enero-abril, mayo-agosto y septiembre-diciembre) de cada año, con circulación nacional e internacional, editada por la facultad de Derecho desde el año 1999. Dirigida a la comunidad académica y grupos de Investigación en temas relacionados con el Derecho y las Ciencias Sociales. El Objetivo principal es incentivar a la publicación de artículos originales realizados en la comprensión epistemológica y teóricas de las Ciencias Sociales y el Derecho.

En ese contexto, de acuerdo a los lineamientos para posicionamiento de la revista el comité editorial a dispuesto que la revista *Principia Iuris* a partir de la edición número 29 en adelante las publicaciones serán trianuales de acuerdo a los siguientes periodos: enero a abril – junio a septiembre y octubre a diciembre y se ajustara a cuatro idiomas, Castellano, Francés, Inglés y Portugués en el título, el resumen y las palabras claves.

Además de lo anterior, se recibirán los artículos de acuerdo con cada una de las convocatorias para publicación, y se ajustara cada ejemplar a 8 artículos por numero sin superar de 12.

1. Funciones de los miembros del comité Editorial y Científico

1.1 Funciones del Editor

1. Dirigir y representar a la Revista.
2. Velar por la calidad académica de la Revista.
3. Proponer al Comité editorial el Plan anual de publicación.
4. Presidir y orientar el Comité editorial y Comité científico.
5. Citar las reuniones ordinarias y extraordinarias del Comité editorial y del Comité científico.

6. Coordinar el sistema de arbitraje de la Revista.
7. Coordinar la organización y ejecución de los procesos editoriales y de producción.
8. Las demás fijadas debido a su función

1.2 Funciones del Comité Editorial

1. Establecer la política editorial de la Revista.
2. Definir los criterios editoriales que se aplicarán para la aceptación de los artículos.
3. Servir de apoyo a la coordinación de la Revista.
4. Desarrollar la autoevaluación del Plan anual de publicación.
5. Las demás fijadas debido a su función.

1.3 Funciones del Comité Científico

1. Apoyar al Comité editorial y al Editor en la formulación de la política editorial.
2. Asesorar al Comité editorial y al Editor en la definición de los parámetros de calidad científica de la Revista.
3. Las demás fijadas debido a su función.

2. Código de Ética

Revista PRINCIPIA IURIS

2.1 Desde el punto de Vista a editores y/o Comité editorial

El Comité Editorial velará por mantener el anonimato de los autores y sus evaluadores, colaborando a que el proceso completo de recepción y revisión del artículo esté amparado en la transparencia, una práctica objetiva y confidencialidad de las partes involucradas en el proceso editorial para

garantizar durante todas las etapas la calidad. Orientado por este mismo principio, se busca contar en el menor tiempo posible con la asignación de los/as evaluadores/as más idóneos/as para el artículo que postula a ser publicado en la Revista Principia Iuris.

Los editores serán responsables de garantizar el cumplimiento de los tiempos límite de espera para la emisión del resultado del proceso, siendo un plazo máximo de 60 días para que el/la autor(a) sepa la situación de su artículo: “aceptado”, “aceptado con correcciones” o rechazado.

La aceptación no obliga necesariamente a la revista a incluir el artículo en el número en la cual se ha postulado. Siendo así, que la revista se reserva el derecho a publicar en un número siguiente si se excede en el número de artículos para el presente número.

El Comité Editorial deberá revelar cualquier conflicto de intereses; y si alguno de los miembros considera que debe declararse impedido este lo hará por escrito.

Al respecto los/as autores/as serán notificados/as por el Editor en qué número saldrá publicado el artículo que ha sido previamente aceptado.

Permitir a los autores el derecho a apelar una decisión del comité editorial.

Mantener informados a los autores desde el momento de recepción de sus trabajos hasta el momento en que se haya tomado una decisión.

Llevar a cabo un proceso de edición y publicación transparente y con entero respeto a los autores.

Estar disponibles tanto para los autores como para los evaluadores con el fin de aclarar las dudas que surjan durante los procesos de evaluación, revisión, diagramación y de edición.

Aceptar o rechazar los trabajos recibidos por la dirección de la revista con base únicamente en los resultados anónimos previstos de los pares evaluadores (si éstos no coincidieran en su veredicto, el director y el comité editorial de la revista deberán tomar una decisión final).

2.2 Desde el punto de vista de autores/as

Al enviar un artículo a la revista Principia Iuris, los/as autores/as se comprometen a no enviar de modo paralelo su paper a otra publicación científica.

Los textos deben ser de autoría propia y no tratarse de uno ya publicado al cual se han realizado sólo modificaciones menores respecto a una investigación ya difundida.

Por lo mismo, en revista Principia Iuris únicamente pueden presentarse trabajos inéditos.

Al actuar como Autor, se compromete a comunicar al comité editorial de la revista si se enfrentara a un conflicto de interés o inhabilidad al momento de presentar un artículo ante algún evaluador que considere no sea idóneo para su respectiva revisión y evaluación.

Respecto a los datos contenidos en la investigación, deben ser verídicos, lo que significa, que no han sido modificados para mantener una coherencia con la perspectiva teórica y metodológica utilizada.

Del mismo modo, cuando dichos datos involucran la participación de personas como sujetos/as de estudio, tal vinculación se ha efectuado bajo la doctrina del consentimiento informado, lo cual implica una participación informada, libre y voluntaria en la investigación, manteniendo el anonimato de personas e instituciones.

Los/as autores/as al revisar los antecedentes teóricos y conceptuales de otras investigaciones conducidas en el ámbito temático del trabajo, se comprometen a abordar con exhaustividad esos trabajos, haciendo que el estado del arte sobre el tema sea una revisión exhaustiva que sistematiza lo más actual, relevante y con diversidad de enfoques epistemológicos y metodológicos que han abordado el tema.

En ese mismo sentido, se garantiza la inclusión de autores/as que han realizado contribuciones científicamente significativas en el ámbito (multi/trans/inter) disciplinar respecto al tema de investigación.

En relación con la autoría del trabajo de investigación se compromete la inclusión de todos/as los/as personas que han aportado de modo significativo a la discusión teórica, a la sistematización del estado del arte y análisis de los datos así también a la Escritura del texto, absteniéndose de incluir a otras personas sólo por nexos de amistad, o vínculos intelectuales.

Un/a autor/a que ha presentado un artículo a la revista y que aún no ha sido publicado, puede solicitar el retiro de su artículo expresando los motivos que originan tal solicitud, quedando en libertad de acción luego que reciba de parte de el/la directora/a de la revista la respuesta positiva a la solicitud.

Los/as autores/as son responsables por las perspectivas teórico-conceptuales que adopten y por las conclusiones, opiniones o afirmaciones que formulen las cuales no son necesariamente compartidas por la revista Principia Iuris ni por la Universidad Santo Tomás.

2.3 Desde el punto de vista de pares evaluadores/as

Quienes actúan como pares evaluadores son personas que participan de modo voluntario en este rol, siendo idóneos desde el punto de vista intelectual y/o teórico-metodológico para emitir un juicio evaluativo respecto a los trabajos

mediante los cuales los autores postulan a su publicación a la revista Principia Iuris.

Al actuar como par, se compromete a comunicar al comité editorial de la revista si se enfrentarán a un conflicto de interés o inhabilidad al momento de evaluar un artículo, junto con respetar la confidencialidad de la información relacionada con el proceso editorial.

De este modo, un/a evaluador/a se adhiere estrictamente a las políticas del proceso de evaluación de la revista, buscando siempre efectuar una crítica honesta y constructiva, manteniendo siempre la discreción con el contenido de los documentos evaluados.

Se aplicará la pauta de doble ciego de la cual dispone la revista Principia Iuris, de ese modo se promueve el respeto hacia el autor y la revista, consolidando así una cultura de gestión en la calidad.

Una vez aceptado el artículo para el respectivo proceso de revisión y evaluación se asume que estará acogiéndose al código de ética de la Revista Principia Iuris.

INSTRUCTIVO PARA AUTORES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo con el INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS. El proceso será doblemente ciego.
4. Los artículos aprobados con condiciones, serán regresados al autor y éste tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos rechazados, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados sin modificaciones o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.

7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. PRINCIPIA IURIS, recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición Principia Iuris posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota de pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E- mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con las siglas AI y AE si el autor es interno o externo; en un segundo pie de página sin numeración se debe establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.

POLÍTICAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

Criterios de los artículos que se presenten a consideración del comité editorial para su publicación:

1. Los artículos deben ser originales y contener una extensión de 12 a 25 páginas, en formato carta, fuente Times New Roman 12, espacio sencillo y con márgenes no inferiores a 3 cm.
2. En una nota o pie de página superpuesta al nombre del autor al inicio del artículo, debe mencionarse cargo e institución en que labora, máximo título académico obtenido, correo electrónico, nombre del proyecto y estado de la investigación, grupo de investigación al cual pertenece.
3. Presentación del artículo con título (15 palabras máximo), subtítulo opcional y nombre del autor.
4. El cuerpo del artículo debe contener las siguientes características: • Resumen (no podrá ser inferior a 100 ni tampoco exceder 200 palabras) • Palabras Clave: se deben registrar mínimo 4, máximo 7 palabras. • Abstract: Será la traducción del resumen, en la que el autor vele por conservar el sentido de este. • Keywords: debe corresponder a las palabras clave consignadas en español conservando la esencia del significado en el texto. • Introducción • Desarrollo del trabajo • Resultados (sólo en el caso de un artículo de investigación) • Conclusiones • Referencias
5. Referencias: Se utilizará el sistema basado en APA (American Psychological Association) para las citas de referencia, como aparece en el portal de la asociación <http://www.apastyle.org>, salvo los siguientes documentos:

Documentos jurídicos y gubernamentales de Colombia:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA Nombre oficial de la Constitución. Artículo específico citado. Fecha de promulgación. Ej. Constitución Política de Colombia. Art. 23. Julio 20 de 1991. LEYES Número y año de la Ley. Asunto. Fecha completa de promulgación. Número en el Diario Oficial. Ej. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública. Julio 28 de 1993. Diario Oficial No. 41094.

CÓDIGOS Título Oficial del Código. Número y año de la Ley a que corresponde. Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación (País) Ej. Código Contencioso Administrativo. Decreto 1 de 1984. Art. 145. Enero 2 de 1994.

DECRETOS, ORDENANZAS, ACUERDOS, RESOLUCIÓN Número y año del Decretos/Ordenanzas/Acuerdos/ Resolución. Asunto. Fecha de promulgación del acto. [Ente que lo promulgó] Ej. Decreto 2473 de 2010. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007. Julio 9 de 2010 [Presidencia de la República].

JURISPRUDENCIA Tribunal que profiere la Sentencia. Sala o Sección (en caso de ser aplicable). Número de Sentencia o del proceso (Magistrado/ consejero ponente/ Juez; fecha). Ej. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-649/10. (Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto; 24 de agosto de 2010). FOTOGRAFÍAS E ILUSTRACIONES.

Las fotografías, ilustraciones y gráficos deberán enviarse en archivos independientes del texto principal. También deberán ser identificadas como “figura” y enumeradas según el orden de utilización en el texto. La buena calidad de las ilustraciones, en la publicación se debe a la calidad de archivo enviado por el autor. Cada ilustración debe tener un pie de imagen que dé cuenta de su providencia.

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD DE ARTÍCULO PRESENTADO

Título del artículo que se presenta:

Área: _____

Autor: _____

Fecha de presentación: _____

Por medio de esta comunicación certifico que el artículo que estoy presentando para posible publicación en la revista institucional impulsada de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Principia Iuris, es de mi entera autoría, siendo sus contenidos producto de mi directa contribución intelectual.

Todos los datos y referencias a publicaciones hechas están debidamente identificados con su respectiva nota bibliográfica y en las citas que se destacan como tal.

Por todo lo anterior, declaro que el material presentado se encuentra conforme a la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual, y, por lo tanto, me hago responsable de cualquier reclamación relacionada a esta.

En caso de que el artículo presentado sea publicado, manifiesto que cedo plenamente a la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja los derechos de reproducción de este y accedo a las modificaciones que de forma se requieran para adaptarse a la estética de la revista. Como contraprestación de la presente cesión, declaro mi conformidad de recibir (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

El autor,

El editor,

C.C.

C.C.

INDICE DE ARTÍCULOS / AUTORES

A

ALGUNAS RAZONES DEL VOTO POPULAR EN LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DEL 19 DE JUNIO DEL AÑO 2022 EN COLOMBIA Pablo José Arias Páez pág. 29

APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO COMO CIENCIA EN LA ERA DIGITAL: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL Isabel Cristina Ramírez Núñez pág. 87
Flor María Torres Guzmán

C

CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y DERECHO AMBIENTAL Alexis Peña Fernández pág. 67

E

EL PAPEL DEL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE EN EL EJERCICIO DE LA SANA CRÍTICA Pablo Andrés Martínez Ico pág. 09

H

HERRAMIENTAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO; ESTUDIO DEL CASO PRETORIA Y PRISMA Jonathan Snaider Torres Abril pág. 47
Zayda Yoleth Silva Vásquez
Valeria Gomez Simijaca

L

LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA, PRESUPUESTO DE UNA ADECUADA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL PROCESO CIVIL Hector Francisco Arévalo Fómeque pág. 119

LA PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y EN EL ACUERDO DE PAZ SUSCRITO CON LAS FARC Alfonso Daza González pág. 97

