



UNIVERSIDAD DEL NORTE
BARRANQUILLA · COLOMBIA

ISSN 2027-8721
NÚMERO DE RELANZAMIENTO · 2026



ACTUALIDAD JURÍDICA

REVISTA DE DIVULGACIÓN DE ESTUDIANTES Y PROFESORES DE
DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES INTERNACIONALES

EDITORIAL

El regreso de una
conversación necesaria

DIVULGACIÓN

Del juez natural al
algoritmo natural

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Inteligencia artificial,
debido proceso y salud:
comentario a la Sentencia
T-323 de 2024

DERECHO Y CINE

Sin Piedad: IA y dignidad
humana

Actualidad Jurídica

Revista de divulgación de estudiantes y profesores de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales

ISSN 2027-8721

©2026, Universidad del Norte

RECTOR

Adolfo Meisel

DECANA DE LA DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES INTERNACIONALES

Silvana Insignares Cera

EDITOR

Juan Pablo Isaza Gutiérrez

COMITÉ EDITORIAL ESTUDIANTEL

Angeline Paola López Márquez

Wainy Gutiérrez

Sofía Vanegas Gentil

Alejandra Polo

Salomé Arevalo

COLABORADORES

Danna Zharith Larrota Beleño

Valentina Betancur Torres

Diana Isabela Pinzón Sánchez

Catalina Delgado Rueda

Juan Pablo David Molina

Moisés David Ávila Vergara

José Vergara Ariza

Emmanuel Fontalvo Salvat

Cecia Daniela Santana López

NOTA EDITORIAL

La corrección de estilo y la diagramación de esta edición fueron apoyadas mediante herramientas de inteligencia artificial, bajo la supervisión y validación final del equipo editorial de la Revista Actualidad Jurídica.

Universidad del Norte

Km 5 vía Puerto Colombia

Barranquilla, Colombia

<http://www.uninorte.edu.co/>

actualidadjuridica@uninorte.edu.co

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA

CONTENIDO

EDITORIAL

El regreso de una conversación necesaria	6
<i>Juan Pablo Isaza Gutiérrez</i>	

I. ARTÍCULOS DE DIVULGACIÓN

Del juez natural al algoritmo natural	14
<i>Eduardo Marín Jaramillo · Shadeen Medina Mercado</i>	
Un café con los clásicos	26
<i>Emily María Brugés Ballesteros</i>	
Aplicación de medidas cautelares innominadas sobre criptoactivos	38
<i>Nicolás Miguel Vega Martínez · Mariangel Mendiola Ríos</i>	
Construcción de paz en Colombia: evolución de la cooperación con la Unión Europea	53
<i>Angie Belén Galofre De La Hoz · Jorge Mario Orozco Suárez</i>	
Alcance de la Ley 2376 de 2024	68
<i>Wainy Gutiérrez Ardila · José Francisco Vergara Ariza</i>	
¿Puede el derecho resocializar a quien no se arrepiente?	78
<i>Daniela Hernández Luckert · Daniel Londoño Owen · Jesús Moreno Benítez</i>	
El costo de la progresividad: salario mínimo y vivienda de interés social en tensión constitucional	95
<i>Salomé Cano Castillo · Gabriela Grecco Charris · Valentina Pérez Ramírez</i>	
Democracia colombiana: ¿justa y válida, pero ineficaz?	111
<i>Daniel Felipe Marchena Acuña</i>	
¿Justicia o privilegio? La sustitución de la prisión intramural por penas alternativas para mujeres cabeza de familia	126
<i>Karla Beatriz Vergara Álvarez · Oscar Andrés Riaño García</i>	
Trabajo sin fronteras: el principio de territorialidad ante las relaciones laborales transnacionales	141
<i>Oscar Andrés Riaño García · Daniel Elías Blanco Angulo · Orietta Esther Pérez Reales</i>	

II. JURISPRUDENCIA COMENTADA

Inteligencia artificial, debido proceso y salud: comentario a la Sentencia T-323 de 2024 157

Luz Estela Tobón Berrio

Sentencia T-350 de 2025 de la Corte Constitucional: la tutela de Luciana 165

Wainy Gutiérrez Ardila

V. DERECHO, CIENCIA POLÍTICA, RELACIONES INTERNACIONALES Y CINE

¿Puede una sentencia legal ser injusta? *The Green Mile* 173

Lucero Armenta Osorio

Sin Piedad (2026): inteligencia artificial, dignidad humana y ética desde la filosofía del derecho 179

Juan Pablo Isaza Gutiérrez

La costumbre como forma de producción normativa en *La source des femmes* 188

Luis Fernando Bermeo Álvarez



EDITORIAL

El regreso de una conversación necesaria
Juan Pablo Isaza Gutiérrez

EDITORIAL

El regreso de una conversación necesaria

Juan Pablo Isaza Gutiérrez

Profesor del Departamento de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

Editor, Revista Actualidad Jurídica

1. EL REGRESO DE UNA VOZ INSTITUCIONAL

Toda publicación académica nace de una convicción exigente: las ideas escritas importan más allá del aula y los argumentos formulados con rigor inciden en la manera en que una comunidad comprende sus problemas y delibera sobre ellos. *Actualidad Jurídica* regresa con esa convicción intacta, pero también con una conciencia renovada de lo que supone sostenerla en el tiempo.

Este número de relanzamiento no representa un comienzo desde cero. Es la reanudación de una conversación que la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte inició hace más de tres décadas. Como toda conversación académica valiosa, ha conocido pausas, retornos y reorientaciones. Hoy vuelve a abrirse con el propósito de consolidarse como un espacio de formación, reflexión crítica y producción de conocimiento.

El contexto en el que reaparece la revista dista de ser neutral. Colombia atraviesa un periodo de intensas transformaciones institucionales: debates sobre reformas constitucionales, tensiones en el sistema de fuentes del derecho, redefiniciones en los ejes de inserción regional y una agenda de derechos cuya realización efectiva continúa siendo, en numerosos ámbitos, una promesa pendiente. Este escenario exige de juristas, politólogos e internacionalistas algo más que competencia técnica: exige reflexión crítica, disposición al debate y voluntad de producir conocimiento que no se agote en el expediente, el aula o el informe de gestión.

Actualidad Jurídica aspira a ser uno de los lugares en los que esa capacidad pueda ejercerse con rigor, responsabilidad y apertura.

2. UNA HISTORIA EN TRES ETAPAS

Las revistas académicas tienen su propia biografía, y la de *Actualidad Jurídica* refleja, en varios sentidos, la historia reciente de la División que la alberga. Reconstruirla no constituye un ejercicio de nostalgia institucional; es una condición para comprender el significado y la responsabilidad de este relanzamiento.

PRIMERA ETAPA	SEGUNDA ETAPA	TERCERA ETAPA
1994-1998	2009-2020	2026-
Cuatro números (1994, 1995, 1997 y 1998). Espacio pionero de divulgación académica estudiantil en la región Caribe colombiana.	Ediciones en 2009, 2010 y 2013, y publicación sostenida entre 2014 y 2020. Vocación de formación investigativa y nuevas secciones.	Estándares editoriales fortalecidos, gobernanza formalizada, periodicidad semestral y articulación con la investigación de la División.

Entre 1994 y 1998 se publicó la primera etapa de la revista, con cuatro números correspondientes a los años 1994, 1995, 1997 y 1998. Estas ediciones consolidaron a *Actualidad Jurídica* como un espacio pionero de divulgación académica estudiantil en el ámbito jurídico de la región Caribe colombiana.

La revista retomó su actividad entre 2009 y 2020, con ediciones publicadas en 2009, 2010 y 2013, seguidas de un ciclo de publicación sostenida entre 2014 y 2020. En este periodo fortaleció su vocación de formación investigativa y amplió sus secciones temáticas.

La etapa que comienza en 2026 se fundamenta en estándares editoriales fortalecidos, una estructura de gobernanza formalizada, periodicidad semestral y una articulación explícita con el ecosistema de investigación de la División.

Estas etapas no revelan únicamente discontinuidades; muestran, sobre todo, persistencia. Una y otra vez, la comunidad académica de la División ha reconocido la necesidad de contar con un espacio propio de publicación y ha encontrado los medios para reconstituirlo. Esa recurrencia no es menor: evidencia que *Actualidad Jurídica* responde a una necesidad formativa e institucional que los planes de estudio y los canales convencionales de investigación no satisfacen por sí solos.

El desafío de este relanzamiento consiste, precisamente, en convertir esa continuidad histórica en una permanencia estructural: que la revista deje de ser episódica para consolidarse como un proyecto institucional sostenido.

3. TRES DISCIPLINAS, UNA CONVERSACIÓN NECESARIA

La División reúne tres campos del conocimiento que comparten problemas y objetos de estudio, aunque los abordan desde métodos, tradiciones y lenguajes propios. Esta pluralidad no constituye un obstáculo editorial; por el contrario, es una de las mayores fortalezas de una publicación que busca trascender los límites de la especialización estrecha.

El derecho, en su dimensión académica más exigente, no se reduce a la exégesis normativa ni al comentario jurisprudencial. La dogmática jurídica contemporánea ha reconocido, con distintos grados de aceptación según las tradiciones nacionales, que sus categorías poseen una densidad histórica, política, filosófica y económica. Conceptos como persona, propiedad, contrato o debido proceso no son entidades naturales ni inmutables: son construcciones que responden a decisiones y contextos determinados. Publicar sobre derecho exige asumir esa complejidad y evitar la ficción de que el análisis técnico es neutral frente a ella.

La ciencia política aporta la mirada sobre las instituciones como escenarios de poder, negociación y conflicto. Comprender por qué las normas se producen, por qué se aplican de determinadas maneras, por qué algunas garantías se materializan y otras permanecen en el plano formal requiere las herramientas analíticas que esta disciplina ha desarrollado con especial sofisticación en las últimas décadas.

Por su parte, las relaciones internacionales completan este diálogo con una dimensión cada vez más ineludible. El derecho internacional de los derechos humanos, el derecho del comercio internacional y los regímenes de gobernanza global ya no son materias periféricas: forman parte del derecho vivo que aplican los jueces colombianos, negocian los funcionarios públicos e invocan los ciudadanos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y otros escenarios internacionales.

La intersección entre estos tres campos no produce, necesariamente, síntesis armónicas. Con

frecuencia, genera tensiones fecundas. Y son esas tensiones —más que los consensos cómodos— las que suelen dar lugar a los mejores trabajos académicos.

4. LAS REVISTAS ESTUDIANTILES Y LA FORMACIÓN DE COMPETENCIAS

Conviene formular una pregunta con franqueza: ¿qué sentido tiene una revista estudiantil en un ecosistema académico marcado por publicaciones indexadas, indicadores de impacto y métricas bibliométricas?

La respuesta no consiste en negar la relevancia de ese ecosistema, sino en reconocer que una revista estudiantil cumple una función distinta e indispensable. Allí donde no existe un espacio de formación editorial, se genera un vacío que ninguna otra instancia curricular logra llenar por completo.

La escritura académica no se adquiere espontáneamente ni se desarrolla exclusivamente mediante la lectura de textos bien escritos. Se aprende escribiendo, revisando, recibiendo retroalimentación fundamentada y reescribiendo con criterio. El proceso editorial de una revista — con sus etapas de evaluación, devolución, corrección y publicación— constituye uno de los entornos más eficaces para ese aprendizaje, pues introduce a los estudiantes en una práctica auténtica, con destinatarios reales y consecuencias intelectuales concretas.

«Publicar no es el punto de llegada de la formación universitaria. En muchos casos, es el momento en que esa formación adquiere un sentido más preciso».

Publicar no es el punto de llegada de la formación universitaria. En muchos casos, es el momento en que esa formación adquiere un sentido más preciso: obliga a asumir responsabilidad por lo que se piensa ante una comunidad que puede, y debe, examinarlo críticamente.

Más allá de la escritura entendida como destreza técnica, participar en una publicación académica permite desarrollar competencias difíciles de cultivar en otros espacios del currículo: delimitar con precisión un problema jurídico o político; construir argumentos capaces de sostenerse bajo examen crítico; dialogar con la doctrina, la jurisprudencia y la evidencia empírica sin limitarse

a citarlas; y distinguir entre una afirmación fundada y una impresión expresada con elegancia.

A ello se suma el aprendizaje en materia de ética académica: la declaración de autoría, el manejo responsable de las fuentes, la distinción entre paráfrasis e ideas propias y la transparencia respecto del uso de herramientas de inteligencia artificial. Todo ello forma parte de una cultura de integridad que no puede darse por supuesta.

Quienes participan activamente en publicaciones académicas desarrollan, además, un sentido de pertenencia a una comunidad de práctica que trasciende la cohorte de clase. Comienzan a reconocerse no solo como personas que aprenden derecho, ciencia política o relaciones internacionales, sino como sujetos capaces de producir conocimiento y responsables de hacerlo con calidad.

5. EL MODELO EDITORIAL Y SU INSPIRACIÓN

El modelo de gobernanza adoptado para este relanzamiento no es improvisado. Toma como referencia experiencias consolidadas de revistas jurídicas estudiantiles, particularmente aquellas vinculadas a facultades de derecho de instituciones como Harvard, Yale y Columbia. Estos modelos combinan, con variaciones según cada institución, la dirección profesoral —que aporta coherencia académica y rigor conceptual— con la participación activa de estudiantes en decisiones editoriales, revisión de manuscritos y producción de contenidos.

Adaptado al contexto de la Universidad del Norte y de su División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales, este esquema se traduce en un Comité Editorial de composición mixta, integrado por estudiantes, profesores, una persona egresada y representantes de la Dirección de Investigaciones. Sus funciones, responsabilidades y periodos de participación estarán definidos con claridad, bajo criterios de continuidad, renovación y transparencia.

La función estratégica de *Actualidad Jurídica* dentro del ecosistema editorial de la División merece una precisión. La revista no compite con la *Revista de Derecho*, publicación científica indexada de la Universidad del Norte; la complementa. Constituye el primer escalón de un modelo progresivo de formación y producción académica, en el que los estudiantes desarrollan competencias de escritura, argumentación, investigación y ética editorial que podrán proyectar, en

etapas posteriores de su trayectoria, hacia publicaciones de mayor exigencia formal.

Formar futuros autores, investigadores y editores académicos es, en este sentido, tanto el medio como el fin de este proyecto.

6. LA VISIÓN HACIA 2030 Y EL COMPROMISO DEL PRESENTE

Este relanzamiento no es un evento aislado: es el punto de partida de una trayectoria con horizonte definido. La visión que orienta el trabajo del Comité Editorial es consolidar, antes de finalizar la presente década, a *Actualidad Jurídica* como referente institucional de divulgación académica en la Universidad del Norte, con estándares editoriales consistentes, participación activa de estudiantes, egresados y profesores, y una articulación efectiva con los procesos de investigación de la División.

Esta visión no se limita a una declaración retórica. Se expresa en decisiones concretas: la adopción de una periodicidad semestral; la elaboración de normas editoriales basadas en APA 7; el establecimiento de una política de integridad académica; la creación de un modelo de gobernanza participativa; y la apertura de convocatorias a contribuciones externas.

Alcanzar este horizonte requerirá más que voluntad institucional. Exigirá que la comunidad académica de la División, en todos sus estamentos, asuma la revista como un proyecto colectivo. Las publicaciones universitarias son parte de la memoria intelectual de las instituciones: en sus páginas queda registrado no solo lo que una comunidad pensó sobre determinados problemas, sino también cómo los pensó, con qué herramientas conceptuales y con qué sensibilidad frente a las urgencias de su tiempo.

Una universidad que no comunica el conocimiento que produce corre el riesgo de diluir su presencia en el debate público. *Actualidad Jurídica* asume esta responsabilidad con la convicción de que la visibilidad intelectual no se construye mediante el volumen, sino a través del rigor sostenido, la apertura al debate y la calidad de las contribuciones.

Este número de relanzamiento abre nuevamente las páginas de *Actualidad Jurídica* a estudiantes, egresados, profesores y colaboradores externos interesados en contribuir a una conversación académica plural, rigurosa y comprometida con los problemas de nuestro tiempo. La revista recibe trabajos que, desde las distintas secciones que la integran y de conformidad con las normas

editoriales presentadas en este número, dialoguen con los desafíos del derecho, la ciencia política y las relaciones internacionales.

Aspiramos a que estas páginas sean un espacio de encuentro intelectual: un lugar para la pregunta bien formulada, la duda productiva, el argumento sometido a examen y el conocimiento construido en comunidad. Que cada contribución encuentre aquí no solo un medio de divulgación, sino también una invitación a pensar con mayor cuidado, a debatir con respeto y a escribir con responsabilidad.

Con este relanzamiento, *Actualidad Jurídica* retoma una trayectoria que pertenece a toda la comunidad académica de la División. Su permanencia y vitalidad dependerán de la calidad de las ideas que la habiten, de la generosidad del diálogo que promueva y del compromiso colectivo con una universidad que investiga, reflexiona y participa activamente en la conversación pública.

Bienvenidos, una vez más, a Actualidad Jurídica.

Juan Pablo Isaza Gutiérrez
Editor
Revista Actualidad Jurídica



ARTÍCULOS DE DIVULGACIÓN

Del juez natural al algoritmo natural

Eduardo Marín Jaramillo · Shadeen Medina Mercado

Medidas cautelares innominadas sobre criptoactivos

*Nicolás Miguel Vega Martínez · Mariangel
Mendiola Ríos*

Alcance de la Ley 2376 de 2024

Wainy Gutiérrez Ardila · José Francisco Vergara Ariza

El costo de la progresividad

*Salomé Cano Castillo · Gabriela Grecco Charris ·
Valentina Pérez Ramírez*

¿Justicia o privilegio? Sustitución de penas para mujeres
cabeza de familia

*Karla Beatriz Vergara Álvarez · Oscar Andrés
Riaño García*

Un café con los clásicos

Emily María Brugés Ballesteros

Construcción de paz en Colombia y la Unión Europea

*Angie Belén Galofre De La Hoz · Jorge Mario
Orozco Suárez*

¿Puede el derecho resocializar a quien no se arrepiente?

*Daniela Hernández Luckert · Daniel Londoño Owen ·
Jesús Moreno Benítez*

Democracia colombiana: ¿justa y válida, pero ineficaz?

Daniel Felipe Marchena Acuña

Trabajo sin fronteras: territorialidad y relaciones
laborales transnacionales

*Oscar Andrés Riaño García · Daniel Elías Blanco
Angulo · Orietta Esther Pérez Reales*

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

Del juez natural al algoritmo natural: inteligencia artificial y garantías del debido proceso en Colombia

*From the Natural Judge to the Natural
Algorithm: Artificial Intelligence and Due
Process Guarantees in Colombia*

Eduardo Marín Jaramillo¹
eamarin@uninorte.edu.co

Shadeen Medina Mercado
shadeenm@uninorte.edu.co

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

RESUMEN

La incorporación de la inteligencia artificial a la administración de justicia tensiona el principio del juez natural. Este artículo examina, desde el análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo, los riesgos de sesgo algorítmico, opacidad y delegación encubierta de la función jurisdiccional, así como las oportunidades de eficiencia que ofrecen herramientas ya operativas en Colombia. Se propone un modelo de colaboración jerárquica y funcionalmente delimitada: la inteligencia artificial asiste en tareas de gestión y análisis documental, mientras la interpretación, la valoración probatoria y la decisión permanecen como competencia exclusiva e indelegable del juez humano.

PALABRAS CLAVE

Juez natural; inteligencia artificial; debido proceso; sesgo algorítmico; justicia digital.

ABSTRACT

The incorporation of artificial intelligence into the administration of justice strains the principle of the natural judge. This article examines, through doctrinal, jurisprudential and normative analysis, the risks of algorithmic bias, opacity and the covert delegation of the jurisdictional function, as well as the efficiency opportunities offered by tools already operating in Colombia. It proposes a model of hierarchical and functionally delimited collaboration: artificial intelligence assists with case management and document analysis, while interpretation, the assessment of evidence and the decision itself remain the exclusive, non-delegable competence of the human judge.

KEYWORDS

Natural judge; artificial intelligence; due process; algorithmic bias; digital justice.

ORIGEN DEL TEXTO

Contribución de divulgación académica original, elaborada en el marco del Programa de Derecho de la Universidad del Norte. Parte de la línea de trabajo del Semillero de Derecho Procesal, dirigido por el profesor Horacio Cruz Tejada, y fue reelaborada íntegramente como producto editorial autónomo; no reproduce total ni parcialmente ningún trabajo de grado, tesis o proyecto de aula previamente presentado o publicado.

USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL¹

Se emplearon herramientas de IA generativa como apoyo en la organización del material bibliográfico, la depuración de estilo y la revisión de redacción; el problema, la tesis, el análisis, las fuentes y las conclusiones son de autoría íntegra de los autores (véase la nota 1).

1. INTRODUCCIÓN

En 2023 un juez de Cartagena resolvió una acción de tutela sobre el derecho a la salud de un niño con trastorno del espectro autista consultando a ChatGPT y transcribiendo su respuesta en la providencia. El caso llegó a la Corte Constitucional y dio lugar a la Sentencia T-323 de 2024, primera decisión colombiana que fija criterios sobre el uso de inteligencia artificial (IA) generativa por parte de servidores judiciales (Corte Constitucional de Colombia, 2024). El episodio no fue una anomalía: fue el síntoma anticipado de un cambio estructural.

La administración de justicia colombiana afronta simultáneamente dos presiones. De un lado, una congestión diagnosticada desde hace tres décadas y nunca resuelta, que erosiona la tutela judicial efectiva. Del otro, la disponibilidad masiva de tecnologías capaces de clasificar, sintetizar y redactar textos jurídicos a una velocidad que ningún despacho puede igualar. La tentación de resolver la primera presión con la segunda es evidente, y por eso mismo peligrosa: el principio del juez natural —el derecho a ser juzgado por un funcionario competente, independiente, imparcial y preestablecido por la ley— no fue diseñado pensando en que el razonamiento pudiera externalizarse a un sistema estadístico.

Este artículo se propone responder una pregunta: ¿bajo qué condiciones puede integrarse la inteligencia artificial a la decisión judicial sin vaciar de contenido el principio del juez natural ni el debido proceso? La tesis que se defiende es que dicha integración solo resulta constitucionalmente admisible bajo un modelo de colaboración jerárquica y funcionalmente delimitada, en el cual la tecnología opera sobre tareas de gestión, búsqueda y análisis documental, mientras que el núcleo

duro de la función jurisdiccional —interpretación, valoración probatoria y decisión— permanece como competencia exclusiva e indelegable del juez humano.

El texto se organiza en cuatro secciones. La primera precisa qué es y qué no es la IA aplicada al derecho, y expone la evidencia técnica sobre sus límites de razonamiento. La segunda analiza las cuatro dimensiones del juez natural frente a la automatización. La tercera examina los dos riesgos que más comprometen el debido proceso: el sesgo algorítmico y la opacidad. La cuarta formula el modelo propuesto y sus condiciones institucionales. El trabajo es de naturaleza cualitativa y dogmática, y se apoya en el análisis de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales, así como en la revisión de experiencias comparadas de justicia digital.

2. QUÉ PUEDE Y QUÉ NO PUEDE HACER LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL JURÍDICA

2.1 Una precisión conceptual necesaria

Buena parte del debate jurídico sobre IA se enturbia por una imprecisión de partida. La Sentencia T-323 de 2024 recoge la clasificación clásica que distingue entre sistemas que piensan como humanos, sistemas que piensan racionalmente, sistemas que actúan como humanos y sistemas que actúan racionalmente (Corte Constitucional de Colombia, 2024). De esas cuatro categorías, las tecnologías hoy disponibles pertenecen íntegramente a la última: actúan racionalmente dentro de un dominio acotado. Se trata de IA estrecha o débil, programada para tareas específicas y sin capacidad de transferir conocimiento entre contextos. La IA general, aquella que entendería, aprendería y se adaptaría como un ser humano, permanece en el terreno de la hipótesis (Rouhiainen, 2018).

Esta precisión no es académica. Los modelos que hoy asisten a los operadores jurídicos —aprendizaje automático, aprendizaje profundo y procesamiento de lenguaje natural— funcionan identificando regularidades estadísticas en grandes volúmenes de datos. Reconocen patrones; no subsumen hechos en normas. Cuando un sistema de esta clase produce un texto que se parece a un razonamiento jurídico, no ha razonado: ha reproducido la forma de un razonamiento observado durante el entrenamiento. La diferencia es invisible en el producto y decisiva en la responsabilidad.

2.2 El límite demostrado: el colapso del razonamiento

Existe evidencia empírica reciente que permite dimensionar ese límite con precisión inusual. Shojaee et al. (2025) sometieron modelos de razonamiento de última generación a entornos de complejidad controlable —Torre de Hanói, salto de damas, cruce del río y mundo de bloques— con el fin de observar no solo el resultado, sino cada paso del proceso interno. Sus experimentos arrojaron tres hallazgos, y cada uno tiene una consecuencia jurídica precisa.

El primer hallazgo es que el rendimiento se organiza en tres regímenes: los modelos estándar aventajan a los de razonamiento en problemas simples, estos los superan en complejidad media, y ambos colapsan por completo (precisión cercana a cero) cuando la dificultad supera cierto umbral. Jurídicamente, esto significa que un sistema puede resultar fiable en asuntos rutinarios y fallar sin previo aviso justamente en el caso difícil, que es donde la función jurisdiccional halla su justificación: la fiabilidad en lo fácil no autoriza a inferir fiabilidad en lo complejo.

El segundo hallazgo, contraintuitivo, es que al aproximarse a ese umbral los modelos reducen su esfuerzo de razonamiento pese a disponer de capacidad computacional suficiente: en lugar de insistir, abandonan. Su traducción jurídica es que el sistema tenderá a omitir el análisis exhaustivo precisamente cuando la complejidad fáctica y probatoria lo exige, produciendo una respuesta más pobre allí donde el caso demandaba mayor cuidado.

El tercer hallazgo, y el más revelador, es que suministrar al modelo el algoritmo exacto de solución no mejora su desempeño: el colapso ocurre en el mismo punto. La consecuencia para el derecho es que no puede garantizarse que un sistema ejecute con rigor una secuencia reglada de pasos —un procedimiento, un test de proporcionalidad, una regla de tarifa probatoria—, aun cuando se le instruya explícitamente sobre cómo hacerlo. Su funcionamiento descansa en el reconocimiento de patrones, no en la ejecución lógica de reglas, que es lo que el derecho procesal presupone del juzgador.

HALLAZGO 1 Tres regímenes La fiabilidad en lo fácil no autoriza a inferir fiabilidad en el caso difícil, donde el sistema colapsa sin aviso.	HALLAZGO 2 Menos esfuerzo al límite El análisis se empobrece justo cuando la complejidad fáctica y probatoria exige mayor cuidado.	HALLAZGO 3 Instruir no corrige No puede garantizarse la ejecución rigurosa de un procedimiento reglado aunque se le indique cómo hacerlo.
---	---	--

Figura 1. Hallazgos de Shojaee et al. (2025) y su consecuencia jurídica. Elaboración propia.

2.3 El terreno donde la herramienta sí rinde

Nada de lo anterior desmiente la utilidad de la tecnología en el ámbito que le corresponde. La experiencia colombiana lo acredita. PretorIA, desarrollada para la Corte Constitucional, redujo el tiempo de preselección de acciones de tutela de noventa y seis días a dos minutos, sobre un flujo superior a dos mil casos diarios, y lo hizo mediante un diseño deliberadamente transparente —un modelo de «caja blanca»— que permite auditar los criterios aplicados. Fiscal Watson opera sobre las bases del Sistema Penal Oral Acusatorio para asociar casos e identificar patrones delictivos. En el plano territorial, la Gobernación del Atlántico anunció en mayo de 2025 la plataforma Atlantia para la gestión de cerca de seis mil procesos de defensa judicial.

El rasgo común de estas aplicaciones no es su sofisticación técnica, sino su ubicación funcional: ninguna decide. Clasifican, ordenan, priorizan y hacen visible información que de otro modo permanecería sepultada. La Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales categoriza precisamente los motores de búsqueda jurisprudencial basados en aprendizaje automático como usos fomentados, mientras reserva el máximo grado de cautela a los sistemas que intervienen en materia penal (CEPEJ, 2018).

3. EL JUEZ NATURAL SOMETIDO A PRUEBA

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho a ser juzgado por el juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (Colombia, 1991). La garantía se descompone en cuatro dimensiones, y cada una resiste de manera distinta la presión de la automatización.

La **competencia** exige que el funcionario esté legalmente habilitado y predeterminado con

anterioridad a los hechos, lo que proscribe los jueces *ad hoc*. La IA no altera por sí misma esta predeterminación —el reparto automatizado sigue siendo reparto—, pero sí obliga a que las reglas del algoritmo de asignación sean públicas y verificables: un reparto opaco es funcionalmente indistinguible de un reparto arbitrario.

La **independencia** protege al juez de presiones externas e internas. Aquí aparece una presión de tipo nuevo, que la literatura ha denominado sesgo de automatización: la tendencia del operador humano a deferir ante la salida de un sistema que percibe como objetivo. No se trata de una conjetura. Skitka, Mosier y Burdick (1999) demostraron experimentalmente que operadores asistidos por sistemas automatizados incurren tanto en errores de omisión —no advertir un problema que el sistema no señaló— como de comisión —seguir una indicación automatizada incorrecta pese a disponer de información que la contradecía—. Trasladado a un despacho judicial, el fenómeno implica que la independencia puede perderse no por coacción, sino por deferencia acrítica ante la máquina; y el resultado, para la parte, es el mismo.

La **imparcialidad** supone resolver conforme a los hechos y al ordenamiento, sin inclinación previa. Un sistema entrenado sobre decisiones históricas parcializadas no es neutral: importa la inclinación acumulada en los datos y la presenta con la apariencia de un dato objetivo. La imparcialidad algorítmica no se presume; se audita.

La **humanidad**, finalmente, no es una dimensión más, sino la condición que sostiene a las otras tres. El ordenamiento colombiano no contempla la figura del juez-máquina, y la razón no es meramente formal. La empatía, la ponderación en el caso concreto y la capacidad de asumir responsabilidad por la decisión son atributos que ningún sistema estadístico replica. Como advierte la doctrina procesal contemporánea, la justicia del siglo XXI debe ser sostenible, esto es, eficiente sin dejar de ser humana (Barona Vilar, 2023). La motivación judicial no existe para satisfacer un requisito de forma: existe para que el ciudadano pueda comprender, y eventualmente controvertir, por qué el Estado decidió como decidió sobre su vida.

4. LOS DOS RIESGOS CRÍTICOS: SESGO Y OPACIDAD

4.1 El sesgo como discriminación heredada

El sesgo algorítmico no es un defecto técnico ocasional, sino una propiedad estructural de los sistemas que aprenden del pasado. Puede rastrearse en tres niveles. El sesgo de datos surge cuando el conjunto de entrenamiento carece de representatividad o incorpora discriminación sistemática: si la información histórica refleja desigualdad, el sistema la codifica y la proyecta hacia el futuro, en un fenómeno que bien puede describirse como cristalización del derecho injusto. El sesgo propiamente algorítmico se introduce en el diseño, en la selección de variables y en la ponderación que los desarrolladores asignan a cada una; su apariencia técnica oculta un origen humano. El sesgo de confirmación, en fin, opera del lado del receptor: el operador jurídico busca en la salida del sistema la validación de una hipótesis que ya tenía.

El caso COMPAS, herramienta de evaluación de riesgo de reincidencia empleada en varias jurisdicciones estadounidenses, sigue siendo el ejemplo canónico. La investigación de Angwin et al. (2016) documentó que el sistema clasificaba erróneamente como de alto riesgo a personas afrodescendientes con una frecuencia significativamente mayor que a personas blancas, mientras su precisión global apenas superaba el sesenta por ciento y descendía drásticamente para delitos violentos. La Corte Constitucional colombiana ha advertido en el mismo sentido que estos sistemas son vulnerables a resultados inexactos, discriminatorios y a sesgos implícitos, con riesgo directo para la presunción de inocencia (Corte Constitucional de Colombia, 2024).

Conviene subrayar una implicación que suele pasarse por alto: el problema no es que el algoritmo se equivoque más que el juez humano, sino que se equivoca de manera sistemática, silenciosa y a escala. Un juez sesgado afecta a los procesos que conoce; un sistema sesgado afecta a todos los procesos del país simultáneamente y sin dejar rastro visible.

4.2 La caja negra y las dos explicabilidades

La opacidad agrava el problema anterior porque impide detectarlo. Los sistemas de aprendizaje profundo son cajas negras incluso para sus diseñadores: puede conocerse la entrada y la salida, no la ruta. Esta característica choca frontalmente con el derecho de defensa, que presupone la posibilidad de controvertir los fundamentos de la decisión, y con el control ciudadano sobre la función pública. La tensión entre transparencia judicial y propiedad intelectual del proveedor tecnológico debe

resolverse, en este ámbito, a favor de la primera.

Ahora bien, la transparencia relevante para el derecho no coincide con la que persigue la ingeniería. La explicabilidad técnica —la llamada IA explicable— responde a la pregunta de cómo llegó el sistema a ese resultado, y se dirige a auditores y desarrolladores: arquitectura del modelo, datos de entrenamiento, ponderación de variables, trazabilidad computacional. La explicabilidad jurídica responde a una pregunta distinta: por qué ese resultado es justo y conforme a derecho. Se dirige al juez, a las partes y al ciudadano, y constituye un requisito del debido proceso.

	EXPLICABILIDAD TÉCNICA	EXPLICABILIDAD JURÍDICA
Pregunta	¿Cómo llegó el sistema a ese resultado?	¿Por qué ese resultado es justo y conforme a derecho?
Destinatarios	Auditores y desarrolladores	Juez, partes y ciudadanía
Objeto	Arquitectura, datos de entrenamiento, ponderación de variables, trazabilidad	Motivación coherente con la Constitución, la jurisprudencia y los hechos probados
Relación	Asimétrica: la técnica es condición necesaria, pero no suficiente, de la jurídica.	

Tabla 1. Las dos explicabilidades. Elaboración propia a partir del texto.

Ambas se relacionan de manera asimétrica: la explicabilidad técnica es condición necesaria pero no suficiente de la explicabilidad jurídica. Un sistema puede ser perfectamente transparente en su funcionamiento y, aun así, producir una recomendación que no admite ser articulada en una motivación coherente con los principios constitucionales, la jurisprudencia aplicable y los hechos probados. Esta brecha tiene una consecuencia procesal concreta que conviene hacer explícita: si la recomendación que incide en el fallo no puede reconstruirse en una motivación jurídica, la parte queda privada de un objeto sobre el cual dirigir su contradicción. No puede impugnarse aquello que no puede explicarse. La opacidad jurídica lesiona así el derecho de defensa en su dimensión más elemental, la de contradicción, con independencia de que el sistema sea técnicamente transparente. Un algoritmo cuya lógica comprendemos pero cuya salida no podemos justificar ante la ley es, para la administración de justicia, una herramienta inútil y peligrosa.

5. EL MODELO PROPUESTO: COLABORACIÓN JERÁRQUICA Y FUNCIONALMENTE DELIMITADA

De lo expuesto se desprende que la disyuntiva entre prohibir la IA judicial y admitirla sin condiciones es falsa. La respuesta adecuada es de delimitación funcional, y descansa en tres elementos.

El primero es la **reserva del núcleo duro**. La interpretación normativa, la valoración de la prueba y la adopción de la decisión constituyen competencia exclusiva e indelegable del juez humano. La IA puede intervenir en el reparto, la clasificación documental, la búsqueda jurisprudencial, la detección de contradicciones, la elaboración de síntesis y la proyección de textos rutinarios; no puede intervenir en la determinación de lo que la norma significa ni en la ponderación del material probatorio. La distinción no es de complejidad técnica, sino de legitimidad: solo un ser humano puede responder por una decisión que afecta derechos fundamentales. En esa línea se orienta el Acuerdo PCSJA24-12243 del Consejo Superior de la Judicatura (2024), que fija lineamientos para un uso responsable, seguro y ético de la IA en la Rama Judicial.

El segundo es la **jerarquía verificable**. El control humano no puede reducirse a una firma al pie. Exige que el juez conozca la herramienta que emplea, que la salida del sistema sea trazable y que su uso se declare en la providencia, de modo que las partes puedan controvertir no solo la conclusión sino el instrumento. La T-323 de 2024 avanza en esta dirección al exigir transparencia sobre el uso de estas tecnologías y al reafirmar que la responsabilidad de la decisión permanece íntegramente en el funcionario (Corte Constitucional de Colombia, 2024). A ello debe sumarse una condición de capacidad: la formación de jueces y abogados en el funcionamiento, las limitaciones y los riesgos de estas herramientas es presupuesto de cualquier supervisión real (Parra Sepúlveda y Concha Machuca, 2021).

El tercero es la **orientación del desarrollo hacia el déficit** que el sistema efectivamente padece. Aquí conviene señalar un problema poco atendido. El debate colombiano sobre precedente se concentra en las Altas Cortes, cuyas decisiones gozan de amplia difusión, mientras la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, que resuelve la mayor parte de la segunda instancia y vincula a jueces de circuito y municipales, permanece prácticamente inaccesible. El efecto es una fragmentación silenciosa: casos análogos reciben respuestas opuestas según el

despacho al que sean asignados, lo que erosiona la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.

Un sistema nacional de procesamiento de lenguaje natural que integrara, indexara y pusiera en línea las decisiones de los treinta y un Tribunales Superiores —con identificación de *ratio decidendi*, mapeo de líneas jurisprudenciales, detección automática de contradicciones y alertas de cambio de criterio— atacaría ese déficit sin tocar el núcleo de la función jurisdiccional. Es, en rigor, el uso más conservador posible de la tecnología —hacer visible lo que ya fue decidido— y probablemente el de mayor impacto sobre la coherencia del sistema. La justicia no puede ser una lotería para los administrados; hacer accesible el precedente intermedio es convertirlo en herramienta de certeza y de igualdad.

PUEDE ASISTIR LA IA	RESERVADO AL JUEZ HUMANO
Reparto · clasificación documental · búsqueda jurisprudencial · detección de contradicciones · síntesis · proyección de textos rutinarios.	Interpretación normativa · valoración de la prueba · adopción de la decisión.

Figura 2. Delimitación funcional del modelo propuesto. Elaboración propia.

6. CONCLUSIONES

La transformación tecnológica de la justicia no es una posibilidad sometida a decisión, sino un proceso en curso que exige ser conducido. La pregunta pertinente no es si la inteligencia artificial ingresará a los despachos judiciales —ya lo hizo—, sino en qué posición quedará situada respecto de la función que la Constitución reserva al juez.

El principio del juez natural no se debilita ante la automatización: se reafirma en su dimensión humana. La evidencia técnica disponible muestra que los sistemas actuales reconocen patrones pero no razonan de manera robusta, y que colapsan precisamente en los supuestos complejos donde la jurisdicción encuentra su justificación. El sesgo y la opacidad no son defectos corregibles con mejoras incrementales, sino riesgos estructurales que exigen auditoría permanente y explicabilidad jurídica, no solo técnica.

El modelo de colaboración jerárquica y funcionalmente delimitada ofrece una vía practicable: aprovechar la capacidad de la tecnología para la gestión, la búsqueda y el análisis documental,

mientras se blinda el núcleo duro de la función jurisdiccional. Su viabilidad depende de tres condiciones que Colombia aún no satisface plenamente: un marco regulatorio de rango legal que supere el actual estadio de lineamientos administrativos y desarrollos jurisprudenciales puntuales; mecanismos efectivos de auditoría algorítmica; y formación de los operadores jurídicos en el funcionamiento y los límites de las herramientas que emplean.

Quedan abiertas líneas de reflexión que exceden este trabajo: el régimen de responsabilidad aplicable al error inducido por un sistema de apoyo, el estatuto probatorio de la evidencia generada o procesada algorítmicamente, y el diseño de una gobernanza de datos judiciales compatible con la protección de la intimidad. En todas ellas rige el mismo criterio orientador: la innovación tecnológica en la justicia solo encuentra legitimidad si su propósito es fortalecer una justicia sostenible, equitativa y centrada en la dignidad humana. La tecnología amplía las capacidades del juzgador; no lo sustituye.

NOTA

¹ Declaración de uso de inteligencia artificial: en la elaboración de este artículo se emplearon herramientas de IA generativa como apoyo en la organización del material bibliográfico, la depuración de estilo y la revisión de redacción. La formulación del problema, la construcción de la tesis, el análisis jurídico, la selección de fuentes y las conclusiones son de autoría íntegra y verificable de los autores, quienes asumen plena responsabilidad por el contenido.

REFERENCIAS

- Angwin, J., Larson, J., Mattu, S., y Kirchner, L. (2016, 23 de mayo). Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. *ProPublica*. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>
- Barona Vilar, S. (2023). Cuatro ejes de una justicia sostenible en la sociedad del siglo XXI. En D. Guerra Moreno (Coord.), *Constitución y prototipos de inteligencia artificial en el proceso*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional No. 116.
- Comisión Europea. (2020). *Libro blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* (COM(2020) 65 final). <https://commission.europa.eu>

- Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia [CEPEJ]. (2018). *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*. Consejo de Europa. <https://rm.coe.int/carta-etica-es/1680a0e00b>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2024, 16 de diciembre). *Acuerdo PCSJA24-12243, por el cual se adoptan lineamientos para el uso y aprovechamiento respetuoso, responsable, seguro y ético de la inteligencia artificial en la Rama Judicial*. <https://www.ramajudicial.gov.co>
- Corte Constitucional de Colombia. (2024, 2 de agosto). *Sentencia T-323 de 2024* (M. P. Juan Carlos Cortés González). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-323-24.htm>
- Parra Sepúlveda, D., y Concha Machuca, R. (2021). Inteligencia artificial y derecho: problemas, desafíos y oportunidades. *Vniversitas*, 70. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.iadp>
- Rouhiainen, L. (2018). *Inteligencia artificial: 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*. Alienta Editorial.
- Shojaee, P., Mirzadeh, I., Alizadeh, K., Horton, M., Bengio, S., y Farajtabar, M. (2025). *The illusion of thinking: Understanding the strengths and limitations of reasoning models via the lens of problem complexity*. Apple Machine Learning Research. <https://machinelearning.apple.com/research/illusion-of-thinking>
- Skitka, L. J., Mosier, K. L., y Burdick, M. (1999). Does automation bias decision-making? *International Journal of Human-Computer Studies*, 51(5), 991–1006. <https://doi.org/10.1006/ijhc.1999.0252>

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

Un café con los clásicos: diálogos sobre la dicotomía política moderna

A Coffee with the Classics: Dialogues on the Modern Political Dichotomy

Emily María Brugés Ballesteros

Programa de Relaciones Internacionales, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

ebrugesm@uninorte.edu.co

RESUMEN

En *Derecha e izquierda*, Norberto Bobbio defiende la vigencia de esta dicotomía, fundamental para comprender la conflictividad política contemporánea. A través de un diálogo entre Bobbio y pensadores clásicos y modernos, este ensayo analiza la igualdad, la libertad, el poder y la ideología como criterios centrales para distinguir posturas políticas. Asimismo, se evalúan las principales críticas a la diada derecha-izquierda, demostrando que, lejos de ser anacrónica, sigue siendo una herramienta analítica indispensable para interpretar las transformaciones ideológicas y los debates del pensamiento político moderno.

PALABRAS CLAVE

Derecha e izquierda; ideología política; igualdad; libertad; Norberto Bobbio.

ABSTRACT

In Left and Right, Norberto Bobbio defends the continuing relevance of this dichotomy, which is essential to understanding contemporary political conflict. Through a dialogue between Bobbio and classical and modern thinkers, this essay analyses equality, liberty, power and ideology as the central criteria for distinguishing political positions. It also assesses the main criticisms of the left-right dyad, showing that, far from being anachronistic, it remains an indispensable analytical tool for interpreting ideological transformations and the debates of modern political thought.

KEYWORDS

Left and right; political ideology; equality; liberty; Norberto Bobbio.

DECLARACIONES DE LA AUTORA

ORIGEN DEL TEXTO

Este artículo surge de las reflexiones desarrolladas en el curso Historia del Pensamiento Político del programa de Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte. El texto fue elaborado originalmente como ensayo académico final del curso y posteriormente adaptado para su presentación a esta convocatoria editorial.

USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Se utilizaron herramientas de inteligencia artificial únicamente como apoyo para la corrección de estilo, la revisión gramatical y la normalización de referencias bibliográficas. Las ideas, argumentos, análisis e interpretaciones presentados en el texto son de autoría exclusiva de la autora.

INTRODUCCIÓN

¿Derecha o izquierda? La dicotomía entre derecha e izquierda, aunque constantemente cuestionada, sigue siendo fundamental para comprender la política moderna. Como señala Bobbio (2020) en *Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política*, esta diada refleja la relación de antagonismo inherente al campo político, permitiendo comprender el cambio y la permanencia de los conceptos políticos a través de la historia. El objetivo de este ensayo es entablar un diálogo con las distintas obras y autores abordados durante el curso de Historia del Pensamiento Político, así como con las reflexiones desarrolladas en clase, para analizar la vigencia de esta distinción en el pensamiento político contemporáneo.

Imaginemos una mesa redonda donde los grandes pensadores de la política se reúnen para discutir sus posturas frente a la dicotomía política planteada por Bobbio. En este diálogo participan autores como Rousseau, Nietzsche, Locke, Marx, Mill, Maquiavelo y Rosanvallon, quienes, desde distintas perspectivas, reflexionan sobre la igualdad, la libertad, el poder y la sociedad. Son precisamente estas ideas las que permiten comprender la complejidad de la distinción propuesta por Bobbio y su permanencia en el debate político contemporáneo.

Comprender el contexto intelectual y político en el que Bobbio escribió resulta fundamental para entender el alcance de su propuesta. Estefanía (2020) lo describe como un pensador cercano a la centroizquierda y profundamente comprometido con la libertad. Publicada en 1994, su obra busca restablecer la diada derecha-izquierda con referencias históricas, ejemplos y discusiones conceptuales que facilitan su comprensión. A lo largo de este ensayo se explorarán las principales ideas de Bobbio y su relevancia para comprender las dinámicas del pensamiento político

contemporáneo, conectándolas con los temas abordados durante el curso para ofrecer una visión integral y reflexiva.

DESARROLLO TEMÁTICO

1. La diada y sus críticos

La dicotomía izquierda-derecha se ha utilizado durante dos siglos, caracterizada por ser antitética, recíprocamente exclusiva y en conjunto exhaustiva. En «un universo como el político, constituido sobre todo por relaciones de antagonismo entre partes contrapuestas, la manera más común de representarlas es mediante la diada izquierda-derecha» (Estefanía, 2020, p. 13), que permite representar de manera sintética dos partes en conflicto (uso descriptivo); expresar un juicio de valor positivo o negativo sobre una de las dos partes (uso valorativo); y marcar el paso de una fase a otra de la vida política de una nación (uso histórico), que puede ser a su vez valorativo o descriptivo (Bobbio, 2020). Esta representación es fundamental para entender cómo se estructuran y evolucionan las ideologías políticas.

Sin embargo, algunos autores cuestionan esta diada por varias razones. Primero, por su inoportunidad. Sartre (como se citó en Bobbio, 2020), por ejemplo, considera que derecha e izquierda son cajas vacías que generan malestar al no tener sentido estando las ideologías en crisis. Bobbio refuta esta idea, afirmando que las ideologías no han desaparecido en absoluto, sino que están más vivas que nunca. Siguiendo la lógica de Mann (1991), sin ideología no hay política: el poder ideológico es inherente a la sociedad y emerge de ella, aunque las ideologías puedan transformarse o ser sustituidas por otras nuevas. La ideología nunca perderá su función de acercar a las sociedades a la política.

En segundo lugar, la crítica se centra en que la diada simplifica excesivamente el pensamiento político, en un universo político complejo de grandes sociedades democráticas donde cada vez se hace más inadecuado hablar solo de izquierda o derecha. Los críticos argumentan que esta separación extrema impide ver las muchas partes que están en juego, que pueden superponerse, entrelazarse o separarse dinámicamente, «como en un movimiento de danza» (Bobbio, 2020). Bobbio reconoce que la objeción es acertada, pero no decisiva, ya que la distinción entre izquierda y derecha incluye también al centro. Aunque es lógico que, al hablar de una diada, se piense en el

tercero excluido, Bobbio da paso a una visión triádica donde el tercero puede ser incluido o excluyente: el primero se caracteriza por ser un tercero-entre, aquel que impide que izquierda y derecha se toquen o, si se tocan, lleguen a las paces; el segundo se caracteriza por ser un tercero más allá, una síntesis superior que se alimenta de ellos y así los anula. En otras palabras, mientras el tercero incluido se ve como un «ni ni», el tercero excluyente puede verse como un «et et». Estos conceptos se pueden relacionar con ideologías como el liberal-socialismo, clara expresión del tercero incluyente, pues según Freedén (2019) este se caracteriza por explorar condiciones para un desarrollo y un crecimiento individual sostenidos por redes de asistencia, características que no pertenecen solo a una de estas posturas. Además, Bobbio resalta que estas expresiones de un tercero incluyente suelen aparecer en tiempos de crisis.

Finalmente, algunos consideran la diada anacrónica. Bobbio (2020) responde con la idea de los movimientos transversales, que cruzan los campos políticos tradicionales sin adherirse estrictamente a ellos. Afirma que los verdes —claro ejemplo de esta idea—, lejos de convertir la diada en anacrónica, la refuerzan, pues el modo en que conciben la relación de la naturaleza con el hombre los diferencia: mientras los verdes de derecha ven esa relación más como una deuda con los otros hombres, los verdes de izquierda la ven como una deuda con el resto de las entidades no humanas.

Para Bobbio (2020), ninguna de las tres críticas planteadas es relevante frente a la idea de que «los dos términos de una diada se rigen indisolublemente el uno con el otro: donde no hay derecha ya no hay izquierda, y viceversa» (p. 47). Si se deja de reconocer a uno de los términos su derecho a existir, el otro también pierde sentido. Un claro ejemplo es la caída del Muro de Berlín que, como explica Estefanía (2020), demuestra cómo el declive de un extremo ideológico representa la hegemonía del otro: el Muro cayó primero hacia el socialismo real, a partir de 1989, y suscitó la pregunta sobre la existencia de la izquierda; sin embargo, en el verano de 2007 cayó hacia el capitalismo, dando lugar a una crisis que reveló las incertidumbres de una democracia arrollada por el capitalismo. Fue en ese momento de crisis cuando el neoconservadurismo y el neoliberalismo emergieron «salvando» el capitalismo. Así, Estefanía (2020) concluye que el Muro cayó hacia ambos lados, mostrando la interdependencia entre las ideologías de izquierda y derecha. Resulta interesante que, en esta parte del texto, Bobbio aclare que 1989 no fue el fin de la izquierda, sino de una izquierda limitada en el tiempo y el espacio. Aquí cobra relevancia lo planteado por Freedén en

voz de Bobbio (2020): «no existe una única izquierda, existen muchas izquierdas, como muchas derechas» (p. 51).

2. Extremistas y moderados

¿Qué se considera de derecha y qué de izquierda? ¿Qué criterios se establecieron para diferenciarlas? Antes de establecer esos criterios, Bobbio plantea una diada entre extremistas y moderados, basada no en la naturaleza de las ideas, sino en su radicalización y en las estrategias para implementarlas. Los extremistas, ya sean de derecha o de izquierda, tienen dos enemigos en común: los moderados, porque son democráticos por naturaleza, y la democracia misma, que asocian con mediocridad y reformismo. Ambos extremos ven la violencia como una solución purificadora y resolutive: para la izquierda revolucionaria (Marx) y para la derecha reaccionaria (Marinetti). De esta manera los extremos se tocan, pero esta radicalización de las ideologías las convierte en doctrinalmente inconciliables, pues el conflicto respecto a los valores es más fuerte que el relativo al método: mientras entre extremistas y moderados se cuestiona el método, en la antítesis derecha-izquierda se cuestionan los fines. Las alianzas entre extremistas de diferentes ideologías son posibles, pero suelen ser tácticas y temporales, lo que destaca la incompatibilidad de sus doctrinas a largo plazo (Bobbio, 2020). Un ejemplo histórico es el pacto de no agresión entre la Alemania nazi y la Unión Soviética, que ilustra cómo el fascismo y el comunismo, dos ideologías que no comparten un mismo fin, pueden llegar a relacionarse.

3. Igualdad y desigualdad como criterio

En su búsqueda por definir las diferencias entre izquierda y derecha, Bobbio (2020) cita a autores como Cofrancesco, Revelli, Laponce, Galeotti y Marinetti. Cofrancesco asocia la *tradición* con la derecha y la *emancipación* con la izquierda, considerándolas metas finales que pueden alcanzarse con diferentes medios según los tiempos y las situaciones. Esos medios —el militarismo, el laicismo, el anticomunismo, el individualismo, el progreso técnico o el recurso a la violencia— son valores instrumentales variables que pueden ser adoptados por ambas partes. Cofrancesco también distingue entre aquellos que viven la política sentimentalmente y los que son espectadores críticos, distinción que ofrece una perspectiva más matizada sobre la dicotomía política.

Bobbio, al igual que Revelli, asigna un espacio relevante a la cuestión de la igualdad y la desigualdad como criterios fundamentales de distinción, pues la igualdad es el único criterio que

resiste el paso del tiempo y la disolución que han sufrido los demás criterios (Bobbio, 2020), relacionando la igualdad con la izquierda y la desigualdad con la derecha. Sin embargo, la igualdad de la izquierda no significa igualitarismo extremo, sino una tendencia a reducir las desigualdades sociales y a hacer menos penosas las desigualdades naturales, de lo cual los movimientos feministas son ejemplo. Galeotti destaca cómo la igualdad absoluta es un ideal de izquierda pero, en la práctica, la igualdad es relativa.

Antes de profundizar en este debate es relevante comprender que la igualdad es un ideal que la sociedad busca alcanzar, pero es relativa y no absoluta. Esto implica que se interprete de diversas maneras y que su preferibilidad dependa de cómo se defina.

Tanto la igualdad como la desigualdad son de hecho verdaderas, porque la una y la otra se confirman con pruebas empíricas irrefutables.

BOBBIO, 2020, P. 204

Pero ¿los seres humanos son más iguales que desiguales o más desiguales que iguales? Esta diferencia puede evidenciarse con dos autores que representan, respectivamente, el ideal igualitario y el no igualitario: Rousseau y Nietzsche. Rousseau (2012) plantea que el ser humano es naturalmente bueno, pero que las estructuras de la civilización corrompen su estado original; por ello propone un pacto voluntario y una democracia participativa guiada por la voluntad general para recuperar la legitimidad política. En contraste, Nietzsche (2016) rechaza este ideal al sostener que los hombres son desiguales por naturaleza y que la sociedad los ha igualado artificialmente a través de la moral y la religión para reprimir su esencia regida por la voluntad de poder. A través de su método genealógico demuestra que el discurso de la igualdad nace del resentimiento y de una «rebelión de los esclavos» que transvalora la fuerza y el poder individual en conceptos de maldad, sirviendo como base conceptual para la desconfianza de la derecha frente a los proyectos de homogeneización social. Tal como se evidencia en *El contrato social*, Rousseau (2012) ve la perfectibilidad humana como causante del conflicto y de las desigualdades entre los hombres.

Es innegable que la igualdad y la libertad tienen una relación intrínseca, aunque un poco conflictiva, porque la libertad es un bien individual mientras que la igualdad es siempre un bien social. Entonces, ¿todos los hombres deben ser iguales y libres? La respuesta a esta pregunta sugestiva es compleja, pues no todos los hombres deben ser libres, como señala Mill, por

consideraciones sobre niños, prisioneros y enfermos mentales. Por eso hay que precisar qué se entiende por libertad. Para Mill (2014) la libertad es perseguir nuestro propio bien: defiende que el individuo debe permanecer libre de la coerción estatal y sitúa la diversidad como eje para proteger las libertades esenciales frente a la tiranía de las mayorías. Por el contrario, para Hobbes (como se citó en Skinner, 2010) significa ausencia de oposición, y bajo esa idea define al «hombre libre» como aquel que no encuentra obstáculos externos al movimiento para realizar su voluntad. Este binomio conceptual —libertad e igualdad— es compatible y complementario en la creación de una sociedad, pero hay veces en que resulta incompatible, ya que la igualdad puede limitar la libertad. Siguiendo la lógica de Marx y Engels (1848), esto afecta visiblemente más a los ricos que a los pobres, pues estos últimos no disfrutaban de algo que nunca han conocido. El diálogo se vuelve interesante con John Locke (1990), quien describe el estado de naturaleza como un plano donde los hombres nacen en perfecta libertad; sin embargo, él mismo reconoce que al entrar en una sociedad política se renuncia a esa libertad absoluta para el bien de sí mismo —y de su propiedad— y el de la sociedad.

4. El poder: cohesión o dominación

La cuestión de quiénes son iguales o desiguales es un problema histórico, ya que los criterios para clasificarlos son variables. La distinción también se relaciona con la forma en que se ve el poder: mientras la derecha lo ve como un principio de cohesión, la izquierda lo ve como una fuente de discriminación y abuso. En este punto puede establecerse un diálogo inesperado, pero coherente, entre Hobbes y Marx, pues ambos representan concepciones opuestas del poder. Por un lado, Hobbes (como se citó en Skinner, 2010) considera el poder una herramienta estatal para brindar seguridad, paz y orden a sus ciudadanos. Por su parte, Marx y Engels (1848), en el *Manifiesto del Partido Comunista*, analizan el devenir histórico como una constante lucha de clases, donde el poder es un instrumento de dominación de clase que se manifiesta en las relaciones de producción entre opresores y oprimidos; estos últimos luchan por abolir esa desigualdad estructural y la propiedad privada burguesa. A esta concepción se suma el realismo de Maquiavelo (2010), quien entiende el poder como una herramienta pragmática indispensable para contener la tensión estructural entre las élites que desean oprimir y el pueblo que desea ser libre: para él, las instituciones idóneas no eliminan esa desigualdad, sino que la canalizan para garantizar el orden y proteger la libertad general frente al caos.

Junto a la díada igualdad-desigualdad, Bobbio analiza la díada libertad-autoridad, igual de significativa a lo largo de la historia. Mientras el concepto de igualdad permite diferenciar la derecha de la izquierda, el concepto de libertad permite diferenciar el ala extrema de la moderada.

LOS DOS CRITERIOS CRUZADOS: MAPA ESQUEMÁTICO DE LOS MOVIMIENTOS POLÍTICOS			
EXTREMA IZQUIERDA	CENTROIZQUIERDA	CENTRODERECHA	EXTREMA DERECHA
Igualitarios y autoritarios: el jacobinismo.	Igualitarios y libertarios: el socialismo liberal.	Libertarios y no igualitarios: los partidos conservadores.	Antiliberales y antiigualitarios: el fascismo y el nazismo.

Este esquema permite comprender la transición gradual de la derecha a la izquierda. Aunque la política es compleja, estos criterios —igualdad y libertad— ofrecen un mapa conceptual que salva la discutida distinción entre derecha e izquierda y permite entender que movimientos no homogéneos de derechas y de izquierdas, con distintos modos de actuar, puedan ser aliados potenciales en tiempos de crisis.

5. Relatividad de los conceptos y el desafío populista

Bobbio insiste en que los conceptos «derecha» e «izquierda» no son absolutos, sino relativos; no son conceptos sustantivos y ontológicos: «no se es de derecha o de izquierda en el mismo sentido en que se dice que se es «comunista», «liberal» o «católico»» (Bobbio, 2020, p. 102). En otras palabras, derecha e izquierda no son términos que designen contenidos fijos para siempre, sino que se utilizan para representar la conflictividad de la política, pues en otras épocas esta se ha representado como progresistas y conservadores. Para comprender mejor esta relatividad es útil dialogar con el texto fundacional de Reinhart Koselleck, *Introducción al diccionario histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana*. Koselleck (2009) destaca que algunos conceptos aparecen y desaparecen rápidamente, mientras que otros, formados en la antigüedad, siguen siendo fundamentales en nuestro vocabulario político-social aunque su significado haya cambiado —el juego de la historia—, debido a que la diversidad de experiencias históricas se refleja en los conceptos. Esta intervención permite entender cómo Bobbio ve el binomio antitético derecha-izquierda como interdependiente y variable según la época y las circunstancias.

Bobbio expresa que en este binomio antitético, circunscrito al lenguaje político, la fuerza

respectiva de los dos términos no se da de manera constitutiva, sino que depende de la época y de las circunstancias; pero que predomine uno no significa la exclusión del otro, pues son interdependientes: la única manera de devaluar al adversario es devaluándose a sí mismo (Bobbio, 2020). La actualidad política parece evidenciarlo: mientras la izquierda suele presentarse como una posición agotada u obsoleta, la derecha se proyecta con frecuencia como una alternativa renovada y atractiva. No obstante, la interdependencia entre democracia y capitalismo, tradicionalmente asociada con la derecha, está siendo cuestionada, porque el capitalismo está ganando más fuerza y deslegitimando la democracia. ¿Es este, entonces, el futuro de la izquierda? Según Bobbio, la izquierda aún tiene un largo camino por recorrer, especialmente en la lucha contra las principales fuentes de desigualdad: clase, raza y sexo.

¿Podría el populismo convertirse en un recurso estratégico para la izquierda? Para responder resulta imperativo dialogar con Pierre Rosanvallon (2020), quien cuestiona la dicotomía clásica al plantear que el populismo no es una ideología con contenidos fijos, sino una cultura transversal que desplaza el debate sobre la igualdad y la libertad hacia una dimensión puramente emocional y vivencial. Según este autor, el populismo reformula la política democrática mediante una fractura binaria que opone al «buen pueblo» frente a las «élites», sustituyendo la representación institucional por la encarnación directa de la voluntad popular en un líder carismático. Al rechazar los cuerpos intermedios y exaltar la figura de un «pueblo-Uno», esta corriente desdibuja las fronteras conceptuales bobbianas y empuja a los sistemas hacia «democraduras» polarizadas, donde el pluralismo y el margen de maniobra de los moderados terminan asfixiados por una lógica de exclusión mutua (Rosanvallon, 2020).

Debido a la complejidad del populismo, se sobreentiende que, más que una ideología, es un lenguaje político —que puede ser utilizado por ambas partes, izquierda o derecha— con un enfoque vivencial que busca reforzar la democracia y devaluar lo que pone en ventaja a los moderados, pues, tal como Bobbio afirma, los moderados tienen más margen de maniobra dentro de las sociedades democráticas.

CONCLUSIONES

En conclusión, la política tal como la conocemos no existe sin ideología. Es esta misma ideología la que nos permite ver el poder y comprender lo político, que según Rosanvallon (2016) es una concepción constituyente de la sociedad, emergiendo de una sociedad organizada que permite que el poder opere y se manifieste. Tal como lo expresa Maquiavelo en *El príncipe*, la historia es un auxiliar y una gran herramienta para comprender la política, pues permite comprender el pasado, entender el presente y construir el futuro. Y es justamente el estudio de la dicotomía derecha e izquierda el que ha permitido comprender el complejo mundo político. La distinción entre derecha e izquierda es una herramienta para interpretar las tensiones del mundo contemporáneo: más que categorías estáticas, constituyen lenguajes políticos que permiten comprender cómo las sociedades organizan sus conflictos, imaginan el cambio y disputan el significado de la igualdad, la libertad y el poder.

En el contexto político colombiano contemporáneo, varias de las reflexiones planteadas por Bobbio conservan una notable capacidad explicativa. Movimientos como el *uribismo* y el *petrismo* han consolidado un terreno donde la contienda se personaliza; es decir, las divisiones trascienden las estructuras partidistas tradicionales para encarnarse en líderes que representan la máxima expresión de la dicotomía: la derecha en el *uribismo* y la izquierda en el *petrismo*. Esta personalización posee un fuerte carácter populista, ya que ambas corrientes estructuran su discurso en la defensa del «pueblo colombiano» frente a un grupo antagónico. Dicho grupo varía según el espectro: para el *petrismo* suele identificarse con las élites económicas tradicionales; para el *uribismo*, el antagonista se enmarca en la amenaza institucional y los modelos comunistas. Aunque el lenguaje populista permea profundamente este escenario, la diada planteada por Bobbio sigue presente en el escenario político colombiano.

No obstante, hacia agosto de 2026 el panorama político colombiano parece ilustrar de forma aún más nítida los postulados de Rosanvallon. El reciente ascenso electoral de una figura como Abelardo de la Espriella refleja la consolidación de un modelo que aprecia la representación personalista mediante políticas de extrema seguridad y una retórica de «firmeza» en defensa de la patria. Sumado a esto, en el sistema internacional, el resurgimiento de una derecha extremista responde de manera contundente a los interrogantes de Bobbio sobre la izquierda en la política. A

través de discursos de securitización con una fuerte base populista, estos movimientos logran que el electorado deposite su confianza en narrativas de crisis agudizada, alterando el mapa conceptual clásico y demostrando que la polarización ideológica moderna se reconfigura constantemente para legitimar el poder.

En suma, el auge de discursos populistas en distintos sectores políticos demuestra que la distinción entre derecha e izquierda no ha desaparecido, sino que continúa adaptándose a nuevas formas de movilización política. Asimismo, el escenario electoral reciente evidencia la persistencia de espacios de centro, aunque más debilitados que en décadas anteriores, y muestra cómo, en determinados momentos de crisis o incertidumbre, posiciones tradicionalmente enfrentadas pueden compartir estrategias discursivas similares. En este sentido, más que anunciar el fin de la diada derecha-izquierda, la realidad política parece confirmar la tesis de Bobbio: ambos términos siguen siendo interdependientes y continúan estructurando buena parte de los debates políticos contemporáneos, a lo cual se suma un fuerte arraigo del populismo que, mediante la construcción de un enemigo interno y la instrumentalización del miedo, agudiza las pasiones y polariza aún más esta dicotomía.

REFERENCIAS

- Bobbio, N. (2020). *Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política*. Punto de Lectura.
- Estefanía, J. (2020). Prólogo. En N. Bobbio, *Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política* (pp. 9–18). Punto de Lectura.
- Freeden, M. (2019). *Liberalismo: una introducción*. Página Indómita.
- Koselleck, R. (2009). Introducción al diccionario histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana. *Anthropos*, 223, 92–105.
- Locke, J. (1990). *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Alianza Editorial.
- Mann, M. (1991). *Las fuentes del poder social I: una historia del poder desde los comienzos hasta 1760 d. C.* Alianza Editorial. (Obra original publicada en 1986).
- Maquiavelo, N. (2010). *El príncipe*. Alianza Editorial.

- Marx, K., y Engels, F. (1848). *Manifiesto del Partido Comunista*. Alianza Editorial.
- Mill, J. S. (2014). *Sobre la libertad*. Alianza Editorial.
- Nietzsche, F. (2016). *La genealogía de la moral*. Alianza Editorial.
- Rosanvallon, P. (2016). *Por una historia conceptual de lo político*. Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 2003).
- Rosanvallon, P. (2020). *El siglo del populismo: historia, teoría, crítica*. Manantial Ediciones.
- Rousseau, J.-J. (2012). *El contrato social*. Alianza Editorial.
- Samacá, G. (2024). *Apuntes del curso Historia del Pensamiento Político* [Material de clase no publicado]. Universidad del Norte.
- Skinner, Q. (2010). *Hobbes y la libertad republicana*. Universidad Nacional de Quilmes; Prometeo.

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

Aplicación de medidas cautelares innominadas sobre carteras virtuales en los procesos declarativos en Colombia

Application of Unnamed Precautionary Measures over Virtual Wallets in Declaratory Proceedings in Colombia

Nicolás Miguel Vega Martínez
nmvega@uninorte.edu.co

Mariangel Mendiola Ríos
mendiola@uninorte.edu.co

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

RESUMEN

El presente artículo reconoce el avance tecnológico y económico global, que permite a personas naturales y jurídicas manejar de forma autónoma su dinero e inversiones mediante carteras virtuales que contienen activos digitales. Asimismo, demuestra el incremento del uso de criptomonedas en Colombia, lo que anuncia un cambio en la realidad económica del país. La administración de justicia debe ser proporcional a esa progresividad económica y sus actuaciones deben responder a las nuevas realidades globales, buscando por vía jurisprudencial la regulación mientras no exista disposición legal. Bajo este argumento, el texto estudia la viabilidad de las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos colombianos, como forma de adaptar la justicia a la quinta revolución industrial.

PALABRAS CLAVE

Carteras virtuales; criptomonedas; administración de justicia; medidas cautelares innominadas; procesos declarativos.

ABSTRACT

This article acknowledges the global technological and economic progress that allows natural and legal persons to manage their money and investments autonomously through virtual wallets holding digital assets. It also shows the growing use of cryptocurrencies in Colombia, which signals a change in the country's economic reality. The administration of justice must keep pace with this economic progressiveness, and its actions must respond to new global realities, seeking regulation through case law while no statutory provision exists. On this basis, the article examines the feasibility of innominate precautionary measures in Colombian declaratory proceedings as a way of adapting justice to the fifth industrial revolution.

KEYWORDS

Virtual wallets; cryptocurrencies; administration of justice; innominate precautionary measures; declaratory proceedings.

ORIGEN DEL TEXTO

Artículo derivado del proyecto de investigación desarrollado en el Semillero de Investigación de Derecho Procesal y MASC¹ de la Facultad de Derecho, con el cual los autores participaron en la XXVI edición del Concurso de Semilleros de Derecho Procesal. El texto fue sintetizado y reducido a sus aspectos más relevantes para adaptarlo al formato de artículo de divulgación.

INTRODUCCIÓN

La nueva realidad global en materia económica resulta ser de difícil aceptación para anteriores generaciones de juristas; no obstante, el entorno mundial viene experimentando desde hace varios años una transformación hacia activos económicos descentralizados que prometían ser el futuro y hoy son el presente. El Estado colombiano no puede ignorar dicho avance, y por ello debe adaptarse a los nuevos retos digitales en diversos sectores, como la administración de justicia.

El vacío normativo que existe en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de los activos virtuales no justifica que la administración de justicia deje de desarrollar la materia por vía jurisprudencial: debe anticiparse y actuar conforme a la actualidad, sentando correlativamente un precedente para futuras disputas que se generen sobre esta misma progresión.

En ese sentido, el Estado, a través de la Rama Judicial, debe llevar a cabo un estudio acerca de la naturaleza de estos activos virtuales, evaluar sus beneficios, sus defectos, los efectos que generan en la economía nacional y las posibles situaciones problemáticas que pueden albergar. Es este tipo de investigación la que puede dar inicio a nuevas disposiciones legales que permitan acceder a las carteras virtuales y disponer de los criptoactivos, incluso en procesos judiciales.

Conforme a lo anterior, resulta necesario iniciar un nuevo enfoque de investigación dirigido al alcance de la administración de justicia en lo referente al aseguramiento de criptoactivos. Es evidente que, mientras más uso se dé en la sociedad a las carteras virtuales, aumenta la probabilidad de que surjan problemas derivados de ellas. Se hace indispensable, entonces, valorar la implementación de la *Industria 5.0* en la sociedad y su incidencia en el actuar de la administración

de justicia.

Por consiguiente, el presente artículo busca abordar el contenido suficiente para colaborar con el análisis de la implementación de las nuevas tecnologías en la sociedad colombiana y evaluar de manera puntual el alcance de la administración de justicia en su labor de aseguramiento de criptoactivos.

1. MARCO CONCEPTUAL

Es importante conocer qué se entiende por medidas cautelares innominadas en Colombia y cómo se han desarrollado jurisprudencial y doctrinalmente. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-379 de 2004, señala que las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera, el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Dicho de otra manera, las medidas cautelares son el mecanismo de carácter provisional a través del cual se pretende asegurar el cumplimiento de una providencia judicial con el propósito de que esta no sea nugatoria; con ellas se busca garantizar la efectividad del derecho sustancial protegido o reconocido en la sentencia y asegurar la igualdad entre las partes (Cruz Tejada, 2006, p. 371).

Las medidas cautelares se caracterizan por ser preventivas y urgentes de acuerdo con las circunstancias, sobre todo porque están regidas por el principio de *periculum in mora*, según el cual no adoptarlas pronto podría aumentar el riesgo de que se presenten daños irreversibles en el derecho pretendido. La Corte ha señalado que la tutela cautelar tiene amplio sustento constitucional, puesto que desarrolla el principio de eficacia de la administración de justicia y el derecho de las personas a acceder a ella, y contribuye a la igualdad procesal (artículos 13, 228 y 229 de la Constitución Política).

Uno de los grandes avances que trajo el Código General del Proceso fue el fortalecimiento del régimen cautelar: el artículo 590 extendió la aplicación de medidas cautelares de carácter innominado a todos los procesos declarativos, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, como la legitimación o interés para actuar de las partes, la existencia de la amenaza o la vulneración del

derecho, la apariencia de buen derecho y la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida².

Asimismo, el juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. Estas medidas permiten al juez adaptarse a situaciones concretas, brindando protección eficaz cuando las medidas tradicionales —como el embargo o el secuestro— no son suficientes o aplicables al caso.

En la doctrina colombiana, las medidas cautelares innominadas han tenido un amplio desarrollo y aceptación. El Instituto Colombiano de Derecho Procesal ha comentado que uno de sus objetivos principales es otorgar a los procesos declarativos un instrumento útil que posibilite el cumplimiento de las condenas que se impongan al decidir el litigio cuando el demandante acude a ellas (Ferrer y Zambrano, 2016).

Los criptoactivos son comprendidos globalmente como activos, pero criptográficamente codificados para garantizar su seguridad. No obstante, en muchos Estados estas monedas digitales no hacen parte del comercio, como es el caso de Colombia, donde «las criptomonedas no son una moneda legalmente reconocida y carecen de un poder liberatorio y, por lo tanto, para efectos fiscales se deben tratar como activos, los cuales, por su naturaleza, corresponden a activos intangibles» (DIAN, 2023).

A partir de lo expuesto, estos deben considerarse activos de carácter virtual que han de estar en titularidad de una persona, natural o jurídica. Sin embargo, los criptoactivos no pueden ser catalogados como «monedas», debido a que no existe una disposición legal que así lo permita para realizar pagos.

Este tipo de activos tiene una naturaleza virtual y descentralizada, y está sometido a un sistema de registro continuo conforme se realizan movimientos entre los usuarios. Todo ello queda registrado en una tecnología de *blockchain*. La *blockchain* es, en esencia, una base de datos o libro mayor público que se compone de registros históricos de todas las transacciones o eventos digitales que se han ejecutado y compartido entre las partes participantes. Es una de las tecnologías más seguras creadas hasta la actualidad, debido a que la información no puede borrarse una vez suministrada y responde de manera efectiva ante ataques cibernéticos. La información nunca reposa en un administrador de base de datos centralizado: la *blockchain*, por su naturaleza, es

completamente descentralizada.

En ese sentido, puede afirmarse *prima facie* que una medida cautelar convencional tendría dificultades para ser admitida directamente sobre un criptoactivo, pues su característica descentralizada imposibilitaría su aprehensión o exclusión del comercio. Un ejemplo de ello sería la aplicación del embargo sobre un criptoactivo, medida que no cumpliría su fin: al ser descentralizados, no existe una autoridad o institución que pueda ser obligada a inmovilizar o transferir los fondos por orden judicial; además, actualmente es muy difícil vincular jurídicamente el activo con una persona, y el valor de los criptoactivos puede fluctuar drásticamente, lo que puede afectar la proporcionalidad y la eficacia del embargo. Ante lo expuesto, si existiera algún medio o herramienta que ofrezca la interacción y el manejo de la *blockchain* del criptoactivo, se abriría la posibilidad de asegurar los criptoactivos de forma indirecta, mediante el control o aseguramiento de la herramienta que permite su interacción.

Resulta imprescindible, por ello, definir conceptualmente las carteras virtuales, debido a su relevancia en los movimientos de adquisición o venta de criptoactivos. Las carteras virtuales cumplen la función de almacenar, asegurar y garantizar el flujo comercial que se encuentra intrínsecamente en las razones de propiedad de una moneda digital. Son el medio o herramienta que permite a los usuarios disponer de sus activos virtuales, porque posibilitan su interacción con la *blockchain*; es decir, conceden a los usuarios titulares la administración, transferencia y recepción de criptoactivos.

Existen varias tipologías de carteras: carteras de *hardware* o carteras frías, aplicaciones de *software* para ordenadores o dispositivos móviles, carteras en línea y el servicio de carteras que prestan casas de cambio o bancos; las diferencias se catalogan con respecto a su seguridad y facilidad de uso. Las carteras frías almacenan el activo en un dispositivo físico que no se encuentra conectado a una red de internet; contienen la clave privada que solo conoce el usuario, por lo que no tienen naturaleza centralizada, al no existir intermediario en los movimientos. Las aplicaciones de carteras mediante *software* dependen de una descarga en dispositivos móviles u ordenadores; si bien la disposición es descentralizada, el acceso puede verse limitado si la empresa lo bloquea. La cartera en línea o cartera caliente funciona a partir de sitios web en los que la empresa que ofrece el servicio dispone de la clave privada, por lo que la gestión y movilización de los activos es

centralizada. Por último, las que prestan casas de cambio o bancos funcionan haciendo que los usuarios pongan a disposición de dichas entidades los movimientos solicitados, en una práctica completamente centralizada.

TIPO DE CARTERA	¿QUIÉN CONTROLA LA CLAVE?	NATURALEZA	VIABILIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR
Fría (<i>hardware</i>)	Solo el usuario	Descentralizada	Nula: depende de la voluntad del usuario
Aplicación de <i>software</i>	El usuario; la empresa puede bloquear el acceso	Descentralizada con acceso limitable	Limitada: restricción de acceso
En línea (caliente)	La empresa que presta el servicio	Centralizada	Viable: la empresa está sujeta a la orden judicial
Casas de cambio o bancos	La entidad	Completamente centralizada	Viable: funcionamiento análogo al bancario

Tabla 1. Tipologías de carteras virtuales y viabilidad de la medida cautelar. Elaboración propia a partir de los apartados 1 y 3.

La aplicación de las medidas cautelares innominadas sobre carteras virtuales en los procesos declarativos en Colombia, como mecanismo para asegurar los criptoactivos, está estrechamente ligada con la administración de justicia, pues las medidas cautelares materializan los derechos discutidos en un proceso judicial y se implementan en aquellos casos en que figuras procesales de antaño, como las medidas cautelares nominadas, no son suficientes para asegurar la pretensión discutida. La medida cautelar, como instrumento para asegurar la eficacia de las decisiones judiciales, inscribe su importancia en los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso y vigencia del ordenamiento (Villamil Portilla, 1999).

Con la expedición de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dichas medidas innominadas adquirieron un carácter transversal que permite su utilización al interior de todos los procesos declarativos, propósito que se cumple en el artículo 590. Sobre este tipo de cautelares, afirma Meroi que «la exigencia constitucional de tutela jurisdiccional impone la previsión de una medida cautelar atípica dirigida a neutralizar todos los “peligros en la demora” no previstos en las medidas cautelares típicas» (citado en Sandoval Gutiérrez, 2020).

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad nos encontramos en un cambio de período entre la cuarta y la quinta revolución industrial. La quinta funciona como una situación de disrupción que permite a las personas o empresas adoptar nuevas herramientas, métodos y paradigmas en aras de optimizar el avance de la cuarta revolución industrial y permitir una interacción y colaboración más enriquecedora entre máquinas y humanos.

El avance tecnológico no solo abarca sectores de optimización del trabajo, sino que también amplía las posibilidades de manejo económico. Nacen así herramientas avaluables en dinero, pero incorpóreas, denominadas activos virtuales, caracterizadas por su descentralización, que reducen la dependencia de intermediarios financieros y permiten a las personas o empresas mayor libertad en la ejecución de transacciones nacionales o internacionales.

En Colombia es notable el aumento del uso e inversión en activos virtuales: tan solo en el primer semestre de 2024, el país registró un crecimiento interanual del 17 % en usuarios de criptomonedas, superando a países como Argentina y México (Latinpyme, 2024). Se estima que cerca de seis millones de colombianos utilizaban, invertían o ahorran en criptomonedas hasta 2024, y el número de comercios que aceptan activos virtuales como método de pago también ha aumentado de manera significativa (América Retail, 2024).

Ahora bien, la realidad jurídica con respecto a las criptomonedas en Colombia se encuentra en un estado de desconocimiento total, lo que conlleva que en diversos casos no se pueda disponer libremente de las monedas digitales, afectando su uso y limitando al Estado colombiano a la hora de regular dichos activos.

La administración de justicia tiene un papel sumamente importante, pues debe encargarse de preservar los principios generales de la Constitución Política y prever conductas desleales que puedan realizar los titulares de activos virtuales con el fin de burlar al aparato judicial: el vacío normativo no implica que estos se encuentren exentos de su alcance. La Ley 270 de 1996 consagra en su artículo primero:

La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

CONGRESO DE COLOMBIA, 1996, ART. 1

La administración de justicia debe cumplir su labor de dirimir conflictos bajo los principios constitucionales y legales. No puede desentenderse de una problemática porque no exista hasta ese momento disposición legal; por tal razón, resulta necesario precisar el alcance de la administración de justicia en su labor de aseguramiento de criptoactivos.

3. JUSTIFICACIÓN Y MARCO NORMATIVO APLICABLE

Si bien con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se abrió la puerta al uso de las herramientas tecnológicas en el proceso, fue con el Código General del Proceso que se impulsó su regulación, fortalecida de manera decidida con la Ley 2213 de 2022; por ello, la justicia no debe desentenderse de un avance que constituye una realidad actual. Los desarrollos surgidos en esta transición hacia la quinta revolución industrial no pueden implicar que la administración de justicia se coloque en situación de inferioridad ni que se vea impedida de regular, por medio de sus decisiones, las conductas contemporáneas.

La desprotección en la que podrían quedar ciertos sectores de la sociedad sería considerable si no se propicia la intervención del Estado en materia de criptoactivos. Ante el vacío normativo existente, consideramos pertinente que las decisiones judiciales cumplan supletoriamente esta función. Estos avances tecnológicos podrían facilitar mecanismos defraudatorios en diferentes áreas; lo que más motivó esta investigación fue advertir que, en determinados litigios cuyo objeto recaiga sobre algún criptoactivo, ciertas instituciones del derecho procesal podrían no ser aplicables. El presente proyecto se justifica a partir de una evaluación que permitirá anticiparse a las dificultades derivadas de la inexistencia de una disposición legal y permitiría a los jueces de la República avanzar de manera simultánea al progreso de la sociedad, aplicando el Código General del Proceso desde una interpretación más profunda de una de sus figuras: las medidas cautelares innominadas.

En Colombia, el marco normativo sobre medidas cautelares lo delimita la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) en su artículo 590, literal c:

Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

LEY 1564 DE 2012, ART. 590, LIT. C

Dicho literal da vía libre a los jueces de la República para que decreten cualquier medida que sea necesaria para asegurar el cumplimiento de una posible sentencia, herramienta poderosa para enfrentar los retos que presentan las tecnologías de *blockchain*, las plataformas *exchange* y los criptoactivos. La dificultad se presenta cuando las plataformas que mantienen la tecnología que necesitan los criptoactivos no son centralizadas, es decir, funcionan sin ninguna organización o empresa que respalde su administración, y son los mismos usuarios quienes administran, conocen y manejan el destino de los criptoactivos.

Si la persona contra quien se pretende decretar una medida cautelar tiene sus criptoactivos en una cartera fría (almacenada en *hardware*) o en una plataforma *exchange* no centralizada, la posibilidad de hacerlo es nula, puesto que el destino de los criptoactivos depende de la voluntad del usuario, único que conoce las claves y las herramientas para disponer de ellos. No obstante, las carteras virtuales centralizadas sí pueden ser objeto de medidas cautelares, puesto que la empresa que respalda el uso de los criptoactivos está sujeta al cumplimiento de lo decretado por un juez: la decisión no depende del usuario, sino directamente de la empresa que administra los recursos digitales y que, en últimas, tiene un funcionamiento muy parecido al de los bancos tradicionales.

Parte del marco normativo relevante es la Ley 2213 de 2022, que, como se dijo, privilegia el uso de las herramientas tecnológicas en el proceso. Por todo lo anterior, es claro que el literal c del artículo 590 del Código General del Proceso permite al juez decretar una medida cautelar cuando la parte solicitante le proporciona la información suficiente para determinar la plataforma *exchange* centralizada y los recursos digitales por embargar, lo que hace procedente y viable el decreto y la ejecución de la medida.

4. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE CRIPTOACTIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

El uso de carteras virtuales es de carácter global; diferentes países han tenido que adaptarse a la nueva realidad económica, y en distintos ordenamientos jurídicos han surgido disputas resueltas por la autoridad competente. Estas situaciones deben estudiarse desde el derecho comparado.

El caso más mediático y relevante para el estudio de la procedencia de una posible medida cautelar innominada se dio ante la Corte Suprema del Estado de Nueva York: *LCX AG v. John Doe Nos. 1-25*, presentado en junio de 2022. La demanda fue interpuesta por LCX AG, una empresa de intercambio de criptomonedas con sede en Liechtenstein, tras sufrir en enero de 2022 un ciberataque que resultó en el robo de aproximadamente ocho millones de dólares en la criptomoneda USD Coin (USDC).

La demanda buscaba que se retornaran dichos criptoactivos a la cartera virtual de LCX AG; no obstante, existía el problema de garantizar el objeto del litigio, pues no había precedente que orientara la búsqueda de una medida que permitiera asegurar los criptoactivos hasta tanto se resolviera sobre su titularidad. Los demandantes solicitaron mediante memorando una restricción temporal, argumentando que sufrirían un daño inmediato e irreparable si los demandados podían vender, transferir, ceder o disipar las criptomonedas presuntamente robadas. En consecuencia, la Corte profirió una orden de restricción temporal y una orden de restricción preliminar en aras de asegurar el objeto de la *litis*.

La orden no solo prohibió a los demandados el uso y disfrute de la criptomoneda USD Coin (USDC), sino que también ofició a Centre Consortium, LLC (CCL) para que les negara el acceso a ella. Cabe destacar que no en todas las criptomonedas puede oficiarse a quien las controla: en este caso, la USDC tiene una centralización en cabeza de Centre Consortium, emisor con facultad de congelar fondos en direcciones específicas si así lo ordena una autoridad judicial competente. La medida se basó en los criterios jurídicos de necesidad, *fumus boni iuris*, efectividad y proporcionalidad.

Debe reafirmarse que no todas las carteras virtuales tienen la calidad de centralizadas; en su mayoría son descentralizadas. No obstante, teniendo como precedente la orden de la Corte Suprema de Nueva York, debemos plantearnos la posibilidad de las medidas cautelares innominadas como

figura supletoria y aseguradora de criptoactivos. Aunque la orden no tiene efecto vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, sí debe funcionar como guía para anticiparnos a la situación y, por vía jurisprudencial, buscar garantías en procesos en los que el objeto del litigio tenga la naturaleza de un criptoactivo, empleando la figura de las medidas cautelares innominadas consagrada en el artículo 590 del Código General del Proceso.

5. REQUISITOS Y DIFICULTADES PARA SU APLICACIÓN SOBRE CARTERAS VIRTUALES

Los requisitos para la procedencia de una medida cautelar innominada se encuentran dispuestos en el literal c del artículo 590 del Código General del Proceso: la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho; la apariencia de buen derecho; y la necesidad y proporcionalidad de la medida.

REQUISITO 1	REQUISITO 2	REQUISITO 3
Legitimación y amenaza Interés para actuar de las partes y existencia de la amenaza o vulneración del derecho.	Apariencia de buen derecho <i>Fumus boni iuris</i> : verosimilitud del derecho reclamado.	Necesidad y proporcionalidad Con la facultad del juez de decretar una medida menos gravosa o distinta de la solicitada.

Figura 1. Requisitos de la medida cautelar innominada (CGP, art. 590, lit. c). Elaboración propia.

El artículo 6 de la Ley 31 de 1992 dispone que la unidad monetaria y unidad de cuenta de Colombia es el peso emitido por el Banco de la República, y el artículo 8 señala que la moneda legal constituye el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado. En Colombia, las monedas virtuales no han sido reconocidas como moneda ni por el legislador ni por la autoridad monetaria (Banco de la República, s. f.); por esta razón, no constituyen un activo equivalente a la moneda de curso legal y carecen de poder liberatorio para la extinción de obligaciones. En consecuencia, no sería posible que fueran objeto de subastas o remates, fin principal de un proceso ejecutivo.

Sin embargo, no se advierte una dificultad propiamente dicha respecto de las medidas cautelares en los procesos declarativos, ya que el fin de estos procesos en Colombia es la resolución que declara o no el derecho o la situación jurídica pretendida, siempre y cuando se cumplan los requisitos dispuestos en el literal c del artículo 590 del Código General del Proceso.

6. LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA COMO GARANTÍA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La ley, la jurisprudencia y la doctrina han regulado las medidas cautelares en los procesos declarativos; desde la nueva ruta que trazó el Código General del Proceso se abrió una puerta para que los administradores de justicia empleen la medida cautelar innominada para proteger el derecho objeto de litigio, garantizando la correcta aplicación de justicia y la tutela judicial efectiva, aún más en situaciones en las que las medidas cautelares nominadas carecen de suficiencia o aplicación.

En la aplicación de la medida cautelar innominada deben primar parámetros claramente definidos, de manera que el administrador de justicia tenga seguridad al adoptarla y las partes del proceso perciban certeza jurídica. Estas disposiciones reflejan el principio de supremacía de la ley, al cual deben sujetarse los jueces; la exigencia de requisitos claros permite equilibrar la necesidad de una protección provisional eficaz con el respeto al debido proceso y la seguridad jurídica. Dado que estas medidas no están expresamente tipificadas en la ley y responden a la flexibilidad del juez para adaptarse a las particularidades del caso concreto, su uso debe estar sujeto a parámetros rigurosos que eviten su aplicación arbitraria o desproporcionada, y obliga al juez a fundamentar su decisión de forma razonada y motivada.

De esta forma, lejos de ser una herramienta para decisiones arbitrarias, la medida cautelar innominada, correctamente estructurada, refuerza la función de los jueces como garantes del derecho a la tutela judicial efectiva, permitiendo respuestas ágiles y adaptadas a los hechos del caso, pero dentro de un marco de legalidad, razonabilidad y control.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación se ha tratado cómo el crecimiento de los criptoactivos y su uso a través de carteras virtuales plantea nuevos retos para la administración de justicia en Colombia; el avance tecnológico y financiero no puede ser ignorado por el derecho, especialmente cuando se trata de proteger derechos en procesos judiciales. Se analizó la viabilidad de aplicar sobre estos criptoactivos, en procesos declarativos, las medidas cautelares innominadas contenidas en el artículo 590 del Código General del Proceso, como herramienta jurídica clave para asegurar la efectividad de las decisiones judiciales.

Se identificó el vacío en la regulación de estos bienes, que no están respaldados por una normativa clara ni reconocidos como moneda de curso legal, lo que afianza su dificultad jurídica, en especial por su descentralización y por la inaplicabilidad de los mecanismos procesales tradicionales. Sin embargo, se evidenció que cuando estas carteras tienen un componente centralizado —como sucede con ciertas plataformas *exchange* o servicios de custodia—, es posible adoptar medidas cautelares efectivas para asegurar su contenido. También se valoró la experiencia del derecho comparado, especialmente el caso *LCX AG v. John Doe* en Nueva York, como ejemplo del uso creativo de medidas para garantizar la preservación de activos digitales en disputa.

Se refuerza así la tesis central de este trabajo: la administración de justicia en Colombia tiene el deber de adaptarse progresivamente al contexto de la economía digital. Esto puede lograrse mediante la aplicación de medidas cautelares innominadas en procesos declarativos, como mecanismo esencial para garantizar la tutela judicial efectiva frente a los desafíos que presentan los criptoactivos. La legislación ha otorgado a los jueces facultades moderadoras para proteger los derechos objeto de litigio, con el fin de asegurar la eficacia de las decisiones judiciales y evitar que se tornen ilusorias.

En atención a los retos que impone la nueva realidad económica y tecnológica, se propone que los jueces de la República, en ejercicio de su facultad de creación jurisprudencial y conforme al principio de eficacia de la administración de justicia plasmado en el artículo 228 de la Constitución Política, impulsen la aplicación de medidas cautelares innominadas sobre criptoactivos y carteras virtuales en los procesos declarativos, en particular frente al crecimiento sostenido de su uso en Colombia y al vacío normativo existente. La adopción de estas medidas debe llevarse a cabo bajo el estricto cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 590, literal c, del Código General del Proceso: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), el peligro en la demora (*periculum in mora*) y la necesidad, proporcionalidad y efectividad de la medida, teniendo en cuenta la facultad del juez de decretar una medida menos gravosa o distinta de la solicitada.

Esta propuesta invita a la comunidad jurídica a fomentar una transformación doctrinal y jurisprudencial que permita adaptar las figuras procesales tradicionales a las exigencias de la economía digital y a los avances de la quinta revolución industrial, en armonía con el marco normativo vigente, con especial atención a la Ley 2213 de 2022. En este escenario, los abogados

desempeñan un papel fundamental, pues son quienes deben estructurar solicitudes de medidas cautelares innominadas sobre criptoactivos de manera estratégica, técnica y jurídicamente sustentada. Puede considerarse como referente orientador el precedente establecido por la Corte Suprema del Estado de Nueva York en el caso *LCX AG v. John Doe*, donde se ordenó la restricción de acceso a activos digitales contenidos en una cartera virtual centralizada; si bien dicho fallo no tiene efectos vinculantes en el sistema jurídico colombiano, ofrece un modelo útil para ilustrar cómo otras jurisdicciones han enfrentado el reto de asegurar bienes digitales mediante medidas cautelares innovadoras, lo cual refuerza la viabilidad jurídica y práctica de adoptar mecanismos similares en el contexto colombiano.

NOTAS

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal y MASC: Horacio Cruz Tejada, profesor de planta de la Universidad del Norte.

² Cabe recordar que esta tipología cautelar ya se encontraba vigente en otros escenarios, como la acción de tutela, las acciones populares y los asuntos relacionados con competencia desleal, entre otros.

REFERENCIAS

América Retail. (2024, 28 de mayo). *El crecimiento de los criptoactivos en Colombia*. <https://america-retail.com/paises/colombia/el-crecimiento-de-los-criptoactivos-en-colombia/>

Arango, C., Barrera, M., Bernal, J., y Boada, A. (2018). *Criptoactivos*. Banco de la República. <https://www.banrep.gov.co/es/publicaciones-investigacion/documento-tecnico-criptoactivos>

Banco de la República. (s. f.). *Concepto Q16-1712 de la Secretaría de la Junta Directiva*. Recuperado el 6 de junio de 2025, de <https://www.banrep.gov.co/es/banco/junta-directiva/conceptos/q16-1712>

Congreso de Colombia. (1996). *Ley 270 de 1996, por la cual se expide el estatuto de la administración de justicia en Colombia*. Diario Oficial No. 42.745. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=648>

Congreso de Colombia. (2012). *Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 48.489. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981>

Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia C-379 de 2004*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>

- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (2020, 12 de noviembre). *Sentencia STC3917-2020*. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20NOV2020/STC3917-2020.doc>
- Cruz Tejada, H. (2006). *El Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política*. Universidad Externado de Colombia.
- Ferrer, D. G., y Zambrano Escobar, R. (2016). *Utilidad de las medidas cautelares innominadas en el nuevo Código General del Proceso*. Universidad La Gran Colombia.
<https://repository.ugc.edu.co/server/api/core/bitstreams/6688e7b8-d93f-42f8-8d48-3f9497ef5922/content>
- Holland & Knight LLP. (s. f.). *LCX AG v. John Doe Nos. 1-25*. <https://www.hklaw.com/en/general-pages/lcx-ag-v-doe>
- Latinpyme. (2024, 17 de octubre). *Comportamiento del usuario cripto en Colombia: informe de Bitso para el primer semestre de 2024*. <https://latinpyme.com/comportamiento-del-usuario-cripto-en-colombia-informe-de-bitso-para-el-primer-semester-de-2024/>
- Sandoval Gutiérrez, J. F. (2020). Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y su capacidad de afectación a los consumidores. *Vniversitas*, 69, e3250.
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.mcip>
- UNIR. (2023, 11 de octubre). *La quinta revolución industrial o Industria 5.0: el futuro llama a la puerta*. <https://www.unir.net/revista/empresa/quinta-revolucion-industrial/>
- Villamil Portilla, E. (1999). *Teoría constitucional del proceso* (1.^a ed.). Ediciones Doctrina y Ley.

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

Construcción de paz en Colombia: evolución de la cooperación con la Unión Europea

Peacebuilding in Colombia: Evolution of Cooperation with the European Union

Angie Belén Galofre De La Hoz

Internacionalista, Universidad del Norte
abgalofre@uninorte.edu.co

Jorge Mario Orozco Suárez

Internacionalista, Universidad del Norte
ojorgem@uninorte.edu.co

RESUMEN

La Unión Europea ha sido el mayor colaborador en la construcción de paz en Colombia, guiada por su objetivo de contribuir a la protección de los derechos humanos. Desde los noventa, con la internacionalización del conflicto armado colombiano, ha apoyado diversos programas con enfoques y objetivos distintos. Con el Acuerdo de Paz de 2016 adoptó un rumbo diferente, manteniendo sus principios: democracia, desarrollo y seguridad. Este artículo, resultado del Programa Semillero de Investigadores de la Universidad del Norte, revisa documentalmente la evolución de la cooperación antes y después del Acuerdo e identifica cambios, tendencias, beneficiarios, objetivos y financiación en cada periodo.

PALABRAS CLAVE

Construcción de paz; sociedad civil; desarrollo sostenible; laboratorios de paz.

ABSTRACT

The European Union has been the largest partner in peacebuilding in Colombia, guided by its aim of contributing to the protection of human rights. Since the 1990s, with the internationalisation of the Colombian armed conflict, it has supported various programmes with different approaches and objectives. With the 2016 Peace Agreement it took a different course while keeping its principles: democracy, development and security. This article, a result of the Research Seedbed Programme of the Universidad del Norte, offers a documentary review of the evolution of cooperation before and after the Agreement and identifies the changes, trends, beneficiaries, objectives and funding of each period.

KEYWORDS

Peacebuilding; civil society; sustainable development; peace laboratories.

INTRODUCCIÓN

Desde sus inicios a mediados del siglo XX, el conflicto armado colombiano se caracterizó como un conflicto armado interno (CAI). No es hasta el inicio de la década de los noventa cuando, con la agenda de internacionalización del conflicto emprendida por el entonces presidente Andrés Pastrana, este se transforma en un conflicto armado interno internacionalizado (CAII) (Agudelo Taborda y Riccardi, 2019). En este orden de ideas, la política exterior colombiana adopta un énfasis en el concepto de diplomacia por la paz a partir de 1998. Con este nuevo paradigma se comprometieron múltiples actores externos con la paz en Colombia; entre ellos se destacan principalmente Estados Unidos y la Unión Europea (UE).

Con el comienzo del nuevo siglo, la UE se consolidó como el mayor actor en pro de la construcción de paz en Colombia, desde la intersección de la democracia, el desarrollo y la seguridad (Castañeda, 2014, p. 4). El modelo de la UE en Colombia ha seguido estos tres principios generales, apoyando diferentes programas sociales a lo largo del tiempo que se caracterizan y financian de formas distintas. Dichos programas han abarcado diversas áreas, como el fortalecimiento institucional, el desarrollo rural, la justicia transicional y la reintegración de excombatientes. Según Castañeda (2014), a diferencia de otros modelos de cooperación que se enfocan en el cese de la violencia, la UE se ha encargado de construir una paz positiva. La paz positiva no solo implica la reducción de las expresiones de violencia, sino que también busca corregir las causas estructurales que perpetúan la desigualdad sistemática y limitan el acceso a recursos (Galtung, 1969). Cada esfuerzo refleja una visión integral de la paz, que busca el cese del conflicto armado y la consolidación de una paz duradera y sostenible.

En este contexto, este artículo responde la siguiente pregunta: ¿cómo ha evolucionado la cooperación institucional de la Unión Europea para la construcción de paz en Colombia entre 2002 y 2023, y qué cambios estratégicos caracterizan esa evolución entre los periodos preacuerdo (2002-2016) y posacuerdo (2016-2023)? Dicho interrogante permitirá desentrañar las transformaciones en las estrategias y prioridades de la UE, así como analizar los resultados de sus iniciativas en el contexto previo y posterior al acuerdo. Al investigar esta evolución se podrá comprender mejor el papel de la UE como agente internacional en la construcción de paz.

En ese sentido, se ha seguido la línea de investigación del posconflicto colombiano y se toma la firma del Acuerdo de Paz de 2016 como un punto de inflexión en la construcción de paz en Colombia y en la cooperación bilateral con la UE. Mediante la comparación entre ambos periodos se pretende contribuir al conocimiento académico sobre la evolución de la construcción de la paz. Por otro lado, ayuda a la identificación de cambios y posibles tendencias en las relaciones diplomáticas propias de la UE en relación con países que adelantan procesos de paz. Así, la reflexión ofrece una comprensión de la dinámica de la cooperación internacional y su impacto en el caso colombiano.

Esta investigación se desarrolló mediante un análisis documental cualitativo y comparativo de fuentes secundarias, integrado por artículos académicos, libros, tesis, informes institucionales, documentos oficiales de la UE y documentos de rendición de cuentas del Estado colombiano. La evidencia ha sido organizada en dos periodos: 2002-2016, correspondiente a los Laboratorios de Paz, y 2016-2023, enfocado en la implementación del Acuerdo Final y los aportes del Fondo Europeo para la Paz. Para cada periodo se examinaron los actores, los territorios intervenidos, los objetivos, los mecanismos de financiación y la comparación de resultados, con el fin de identificar transformaciones en la cooperación europea. Entre las limitaciones se encuentra la falta de trabajo de campo que permita obtener información a partir de las experiencias de fuentes primarias. Este análisis se centra en la dimensión institucional de política pública, sin abordar exhaustivamente evaluaciones de víctimas o actores territoriales; esa perspectiva requeriría una investigación cualitativa más profunda. En consecuencia, las conclusiones presentadas tienen alcance institucional a partir de la literatura disponible y no pretenden evaluar los efectos en víctimas, excombatientes ni comunidades.

MARCO TEÓRICO

Teniendo en cuenta la importancia de la sociedad civil para la iniciativa de construcción de paz de la Unión Europea, el constructivismo y los estudios de paz son las teorías que guían el presente estudio. Para empezar, el constructivismo enfatiza el papel de las ideas compartidas, las normas sociales y las percepciones colectivas en la configuración social (Wendt, 1999). Esta teoría argumenta que las identidades y los intereses de los agentes se construyen socialmente a través de la interacción, pues la dinámica de los conflictos está determinada no solo por factores materiales, sino

también por percepciones y contextos culturales. El constructivismo ha sido utilizado como un marco analítico clave para explicar la estructura normativa de la Unión Europea, permitiendo comprender cómo este bloque funciona bajo un constructo social a través de normas, cultura e interacciones discursivas que redefinen las identidades y las preferencias de sus Estados miembros más allá de los meros cálculos de poder material (Manners, 2002).

Wendt (1999), en su teoría social constructivista de la política internacional, sostiene que las estructuras sociales, las identidades y los intereses de los actores son construidos socialmente mediante procesos de interacción y comunicación. En esta misma línea, Leydesdorff (1996), al estudiar la teoría sociológica de Niklas Luhmann, explica que la construcción social de la realidad constituye un elemento fundamental para comprender el funcionamiento de las sociedades, particularmente en contextos caracterizados por el conflicto y la complejidad. El constructivismo comprende tres postulados: «[i] El hecho social (estructuras normativas) es tan importante como el hecho material. [ii] El rol de la identidad es primordial en la construcción del interés y en el actuar de los agentes. [iii] El hecho social y la identidad del agente son el resultado de una construcción mutua» (Frasson-Quenoz, 2018, p. 217). Estos postulados encuentran relación con los estudios de paz, específicamente en la idea de que las normas sociales y las identidades de los actores del conflicto son esenciales para la construcción de paz, pues permiten conocer los intereses de los actores.

En esa misma línea, entre los abordajes de la resolución de conflictos, la construcción de paz es el pertinente para este trabajo. La construcción de paz o *peacebuilding* se centra en los procesos, prácticas y estrategias usadas para el establecimiento de una paz duradera y positiva. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha definido la construcción de paz como el conjunto de medidas destinadas a prevenir la reaparición de conflictos y al fortalecimiento de las bases de la paz (Denney et al., 2015). Finalmente, Lederach y Appleby complementan esta idea al señalar que la construcción de paz

[...] denota un enfoque para reducir la violencia, resolver conflictos y construir la paz, caracterizado por una mayor conciencia y una adaptación hábil a las complejas y cambiantes realidades materiales, geopolíticas, económicas y culturales de nuestro mundo cada vez más globalizado e interdependiente.

LEDERACH Y APPLEBY, 2010, P. 22

Desde una perspectiva constructivista, la cooperación internacional no se reduce a la mera transferencia de recursos o a intereses materiales, sino que refleja cómo los actores construyen intersubjetivamente identidades, normas sociales y valores comunes sobre la paz. En este sentido, las estructuras sociales y los intereses de los agentes no son estáticos, sino que se configuran mediante procesos continuos de interacción y comunicación. En el escenario colombiano, esto implica que la UE ha modulado sus intervenciones a partir de una evolución en sus propios marcos cognitivos sobre qué estrategias son efectivas frente a un conflicto armado interno. Así, la transición analizada en este estudio —de un enfoque de gobernanza local y fortalecimiento del tejido social con la sociedad civil durante el preacuerdo hacia el apoyo directo a las organizaciones estatales de justicia transicional en el posacuerdo— demuestra que la cooperación bilateral es un proceso social dinámico donde las prioridades e identidades de ambos agentes se construyen y adaptan de manera recíproca.

COOPERACIÓN DESDE LA SOCIEDAD CIVIL: LOS LABORATORIOS DE PAZ (2002-2010)

Inicialmente, la cooperación desde la sociedad civil para la construcción de la paz en Colombia se establece con la creación de los Laboratorios de Paz en 2002. Estos programas, denominados también Programas de Desarrollo y Paz, articularon acciones de desarrollo social, derechos humanos y construcción de paz en territorios afectados por el conflicto (Baribbi y Arboleda, 2013). Autores como Castañeda (2014) los definen como una serie de programas de desarrollo social que buscaban brindar una solución pacífica a la lucha armada en las regiones más afectadas por el conflicto. Así, Castañeda subraya los Laboratorios de Paz como herramientas para la resolución de conflictos, desde el apoyo a las organizaciones de la sociedad civil y la ayuda oficial para el desarrollo. También es de importancia señalar que, para su comienzo, los Laboratorios de Paz fueron financiados por el PNUD y el Banco Mundial bajo el apoyo de la ONU (Castañeda, 2014, p. 86).

Del mismo modo, Londoño Pinzón (2021) señala que la cooperación europea es un acompañamiento a la sociedad civil, donde se priorizan los núcleos familiares para la construcción de una paz positiva. De forma similar, Zugadi Bengoa (2023) señala que los Laboratorios de Paz de la UE nacieron como una alternativa al enfoque duro y tradicional de los Estados Unidos, centrado en la erradicación de cultivos, y que, en paralelo, la UE abogó por la construcción de una paz

duradera mediante la articulación de instrumentos institucionales y el desarrollo social.

En lo que concierne a los logros de dichos laboratorios, Londoño Pinzón (2021) clarifica que cada uno de los Laboratorios de Paz (I, II y III) generó una dinámica diferente entre los actores y los resultados. En el Laboratorio I se invirtieron más de 50 millones de euros, beneficiando a más de 30 mil personas en 82 proyectos. Este primer laboratorio nació durante los diálogos de paz entre Pastrana y las FARC, para fortalecer la paz mediante la mediación y tareas productivas. Sin embargo, cuando el laboratorio comenzó, los diálogos se suspendieron, lo que obligó a realizar labores en pleno conflicto. Esto causó retrasos en la ejecución de proyectos, falta de medios para el transporte de materiales y problemas para reunir a los participantes. Tenía por fin los derechos humanos de los habitantes, guiado por el desarrollo humano sostenible, contribuir a la convivencia ciudadana, fortalecer los diálogos de paz y mostrar caminos para superar el conflicto de dicha región, según documentos de Prosperidad Social (2018).

En la segunda edición de los Laboratorios de Paz, la UE se encargó de la formulación del marco lógico, el diseño institucional y el presupuesto para la ampliación de programas (Caballero, 2011, p. 146). En esta ocasión el turno fue para la región del Macizo Colombiano Alto Patía (MAP), incluyendo trece municipios del norte de Nariño y trece del sur del Cauca. En esta fase, la ayuda oficial para el desarrollo (AOD) desde la UE donó 33 millones de euros entre 2003 y 2009 (véase la tabla 1). Entre los principales objetivos se encuentran:

- 1) Implementación de una cultura de paz basada en el fortalecimiento del diálogo de paz, el respeto de los DH, el DIH y una vida digna; 2) Gobernabilidad democrática, fortalecimiento institucional y participación ciudadana, y 3) Un desarrollo socioeconómico sostenible que mejore las condiciones socioeconómicas de la población vulnerable en armonía con el medio ambiente.

CABALLERO, 2011, P. 138

Ya para el Laboratorio III, los objetivos estuvieron enfocados en la transformación del sector social y el ordenamiento territorial, al igual que en lo referente a la restitución por perjuicios a las víctimas del conflicto y la restitución de tierras (Cepeda-Ladino y Costa, 2017). El programa presentó tres enfoques: (i) fortalecimiento institucional, con apoyo a gobiernos locales y regionales; (ii) diálogo por la paz, con promoción de la participación ciudadana; y (iii) proyectos productivos, con apoyo a iniciativas económicas legales con sostenibilidad social y ambiental (Picasso, 2016, citado en Cepeda-Ladino y Costa, 2017, p. 29).

LAB.	FINANCIACIÓN AOD UE	DEPARTAMENTOS	PROGRAMAS INVOLUCRADOS	CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA
I	42,2 millones de euros	Magdalena Medio: Bolívar, Antioquia, Santander y Cesar	Corporación Desarrollo y Paz del Magdalena Medio, PNUD y la Iglesia	«Actor global de paz, reforma al desarrollo» (Castañeda, 2014, p. 223)
II	33 millones de euros	Oriente antioqueño: Antioquia, Cauca y Nariño; y Norte de Santander	Prodepaz, Asopatía-CRIC, Consornoc, grupos indígenas	Existieron bloqueos a las reformas y un giro a gobiernos de derecha en la UE (Castañeda, 2014)
III	24,2 millones de euros	Montes de María: Bolívar y Sucre; y Meta	Fundación Red de Desarrollo y Paz de los Montes de María, Cordepaz, Acción Social-UCP y la Dirección de Justicia y Seguridad	Política principalmente comercial y con mayor autonomía a las OSC

Tabla 1. Los tres Laboratorios de Paz. Elaboración propia con base en Castañeda (2014) y Londoño Pinzón (2021).

COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO: INSTITUCIONES CREADAS EN EL ACUERDO DE PAZ (2016-2023)

Con la llegada del expresidente Santos al poder en 2012 se marcó el inicio de las negociaciones de paz con las FARC-EP. A lo largo de este proceso, la UE «[...] mostró su apoyo públicamente desde el principio de las negociaciones y colaboró estrechamente con el gobierno y las organizaciones de la sociedad civil en la consecución de un acuerdo de paz» (Relief Web, 2014, citado en Zugadi Bengoa, 2023, p. 28). La UE ha definido el apoyo a la paz en Colombia como una prioridad política durante la implementación del Acuerdo Final, movilizando recursos y acompañamiento técnico de sus Estados miembros (European External Action Service, 2021). Gracias a ello, la UE ha tomado un rol protagónico como agente insignia en el proceso de desarrollo rural, la reincorporación de excombatientes y el establecimiento de una Unidad Especial de Investigación en la Fiscalía General de la Nación (Ioannides, 2019, p. 37, citado en Zugadi Bengoa, 2023, p. 29).

En esa misma línea, Presta (2020) explica la evolución de la cooperación para la paz UE-Colombia como factor clave en el proceso de paz colombiano, con apoyo técnico y financiero. En últimas, gracias al trabajo en pro del fortalecimiento de instituciones como la Estrategia de Respuesta Rápida del Gobierno colombiano, la entrega de 127 millones de euros desde el Fondo Europeo para la Paz en Colombia y el apoyo del Reino Unido y Chile, se asocia un avance sustancioso en materia del ODS 16.

El Fondo Europeo para la Paz (2025) establece seis pilares estratégicos concebidos para dar una identidad común a la pluralidad de intervenciones y orientar el análisis de esas contribuciones: (i) reconciliación y disminución del conflicto; (ii) reincorporación de exintegrantes de las FARC-EP a la vida civil en lo económico y lo social; (iii) inclusión poblacional de jóvenes, mujeres y grupos étnicos; (iv) productividad sostenible e incluyente; (v) presencia legitimadora del Estado y gobernanza local; y (vi) valor agregado de la Unión Europea. Los objetivos se relacionan, según lo explicado por Gómez Correal y Zugadi Bengoa (2023), con el rol que le fue dado en 2016 a la UE como acompañante de los puntos 1 (desarrollo rural integral) y 3 (fin del conflicto) del Acuerdo Final con las FARC. Estos componentes se orientaron a transformar las condiciones rurales y a poner fin al conflicto armado, estableciendo un marco institucional para la construcción de una paz estable y duradera (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2016).

Los resultados de la cooperación UE-Colombia en el contexto del Acuerdo de Paz abarcan la legitimación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) para garantizar los derechos de las víctimas. La UE siguió su lineamiento de abordaje del conflicto desde sus raíces, alrededor de la sociedad civil, pero para el Acuerdo de Paz lo articuló con un enfoque más institucional, dado que redirigió su apoyo económico al fortalecimiento de instituciones para la paz.

COMPARACIÓN DE LA COOPERACIÓN PARA LA PAZ: PREACUERDO Y POSACUERDO

En este apartado se analiza, desde una lógica comparada, la cooperación europea para la paz en Colombia en los periodos del pre- y posacuerdo, con énfasis en las instituciones creadas, la modalidad de financiación, los objetivos en ambos periodos, los instrumentos, los actores apoyados en cada etapa y sus limitaciones. Se pretende identificar las variables más relevantes para el estudio del proceso de paz colombiano y facilitar la elaboración de reflexiones analíticas sobre la evolución de la cooperación bilateral.

VARIABLE	PERIODO PREACUERDO	PERIODO POSACUERDO	CONCLUSIÓN INTERPRETATIVA
ACTORES APOYADOS	Organizaciones de la sociedad civil como CDPMM, Prodepaz y Consornoc; la Iglesia; comunidades indígenas; gobiernos locales.	Excombatientes de las FARC; víctimas del conflicto armado; organizaciones estatales como la Jurisdicción Especial para la Paz o la Unidad para la Restitución de Tierras.	Se observa un desplazamiento desde la centralidad de la sociedad civil hacia una estructura que combina instituciones estatales, comunidades y población en proceso de reincorporación.
BENEFICIARIOS Y ESCALA	Según la base de datos de Prosperidad Social (2018): LPI , 30 175 personas y 82 proyectos en 4 departamentos (sur de Bolívar, Cesar, Santander y Antioquia); LP II , 85 054 personas y 119 proyectos en 4 departamentos (Antioquia, Cauca, Nariño y Norte de Santander); LP III , 21 270 personas en 27 proyectos en 3 departamentos (Bolívar, Sucre y Meta).	26 departamentos —los tres principales: Caquetá, Nariño y Putumayo— y 147 municipios, de los cuales 63 son municipios PDET (Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial) (Fondo Europeo para la Paz en Colombia, 2023).	La etapa posacuerdo alcanza mayor cobertura institucional y territorial, pero una escala más amplia no equivale automáticamente a mayor profundidad del impacto social. La cooperación mantiene el enfoque territorial, aunque después de 2016 la intervención se integra más directamente con la planeación estatal y la implementación del Acuerdo.
FINANCIACIÓN	121,25 millones de euros en total: 99,4 millones de la UE y 21,85 millones nacionales (Castañeda, 2014, p. 272).	Más de 130 millones de euros financiados hasta 2023 por el Fondo Europeo para la Paz en Colombia, entre ellos 3,5 para la JEP, 4,5 para la Comisión de la Verdad y 9 millones para la Unidad de Restitución de Tierras (Fondo Europeo para la Paz, 2023; Comisión de la Verdad Colombia, 2019; Gómez Correal y Zugadi Bengoa, 2023).	El aumento presupuestal refleja una mayor institucionalización y una cooperación más decidida.

VARIABLE	PERIODO PREACUERDO	PERIODO POSACUERDO	CONCLUSIÓN INTERPRETATIVA
OBJETIVOS	(i) Gobernanza local, desarrollo sostenible y participación ciudadana mediante proyectos sociales y económicos en el Magdalena Medio, con énfasis en el fortalecimiento del tejido social. (ii) Justicia social y capacidad institucional mediante el fortalecimiento del diálogo entre la sociedad civil y el gobierno central en los Montes de María, con énfasis en la justicia transicional y la protección de derechos humanos. (iii) Restitución de tierras mediante el apoyo a la producción local y las economías legales, con énfasis en la sostenibilidad.	(i) Reconciliación y disminución del conflicto; (ii) reincorporación de exintegrantes de las FARC-EP a la vida civil en lo económico y lo social (punto 3 del Acuerdo de Paz); (iii) inclusión poblacional de jóvenes, mujeres y grupos étnicos; (iv) productividad sostenible e incluyente; y (v) presencia legitimadora del Estado y gobernanza local.	Se identifica continuidad en la paz positiva y el desarrollo territorial; el cambio principal está en la reincorporación y la justicia transicional como prioridades explícitas.
INSTRUMENTOS	Proyectos comunitarios, apoyo a organizaciones sociales, redes territoriales y articulación con gobiernos locales.	Fondo Europeo para la Paz, apoyo técnico y financiero a entidades del SIVJNR, programas productivos y mecanismos de implementación.	Los instrumentos pasan de una cooperación predominantemente territorial a una cooperación institucional-territorial, sin dejar de lado el trabajo en las comunidades.
LÍMITES	Inseguridad, débil infraestructura y dificultades en la implementación.	Persistencia de episodios de violencia, brechas en el acceso a los mecanismos de justicia y disparidad entre la participación y la reparación efectiva.	La cooperación ha operado como habilitadora del proceso de paz; sin embargo, sus efectos se ven afectados por factores como la seguridad, la capacidad estatal y las falencias en la reparación efectiva local.

Tabla 2. Comparación de la cooperación europea entre el preacuerdo y el posacuerdo. Elaboración propia.

La evidencia indica que la cooperación de la Unión Europea evolucionó de un modelo centrado en la sociedad civil y el territorio hacia un modelo que articula capacidades comunitarias con instituciones estatales creadas o fortalecidas por el Acuerdo de Paz. En el periodo del preacuerdo, los Laboratorios de Paz priorizaron la gobernanza local, la participación ciudadana y la protección de derechos humanos en regiones como el Magdalena Medio, el Macizo Colombiano y los Montes de María. En el periodo posacuerdo, la cooperación se centró en la reconciliación, la reincorporación de excombatientes de las FARC-EP y el fortalecimiento de la presencia estatal en

municipios priorizados.

La contribución europea, como se señala en la tabla 2, debe interpretarse como facilitadora y no como causa única de los resultados señalados. La financiación y el acompañamiento técnico abrieron caminos para fortalecer las instituciones; no obstante, la persistencia de la violencia, las desigualdades en capacidades de los gobiernos locales y las brechas territoriales entre víctimas han ralentizado el verdadero alcance de las transformaciones. Estudios sobre la relación entre la UE y las organizaciones de la sociedad civil en Colombia advierten que la cooperación opera mediante interacciones transnacionales que implican usos estratégicos y normativos por parte de los actores locales (Rueda Fiorentino e Insignares Cera, 2022). Esto sugiere que la evolución no ha sido uniformemente positiva, ya que los resultados dependen de cómo las organizaciones sociales negocian, adaptan y se apropian de los instrumentos de cooperación en sus territorios.

REFLEXIONES FINALES

Como resultado de la investigación, es fundamental resaltar las diferencias en el enfoque que la Unión Europea adoptó en el proceso de paz entre 2002 y 2010, por un lado, y entre 2016 y 2023, por otro. En primer lugar, ambos periodos procuraron una paz positiva en municipios afectados por escenarios de conflicto. Además, los derechos humanos orientaron la cooperación en ambas etapas, siendo cruciales en la primera para la protección de las víctimas y en la segunda para la protección de los excombatientes. Desde una perspectiva comparativa, el periodo preacuerdo se centró en mayor medida en la gobernanza local y el fortalecimiento del tejido social, con el objetivo de desarrollar capacidades ciudadanas para la creación de proyectos sociales y económicos. Por su parte, el periodo posacuerdo estuvo orientado hacia la reconciliación y la reincorporación de los exintegrantes de las FARC-EP a la sociedad, así como a la incorporación de los grupos étnicos de la región. En pocas palabras, ambos periodos respondieron a objetivos distintos: el primero, dirigido hacia las organizaciones de la sociedad civil; el segundo, a las instituciones estatales creadas en el marco del Acuerdo de Paz de 2016.

La evidencia indica que los Laboratorios de Paz ampliaron en gran parte las capacidades organizativas de comunidades ubicadas en territorios afectados por la violencia, pero también enfrentaron restricciones asociadas a la continuidad de los efectos del conflicto armado, la presencia

de actores ilegales y una débil infraestructura estatal. El caso del Laboratorio de Paz II en el Macizo Colombiano es muestra de ello, pues la cooperación promovía el diálogo, la participación, los derechos humanos y proyectos de desarrollo, pero la persistencia de la violencia dificultaba la convocatoria comunitaria y la ejecución regular de las iniciativas. Por tanto, sus resultados no deben confundirse con la transformación estructural efectiva del conflicto, sino leerse como capacidades locales y espacios de diálogo con limitaciones. En últimas, la cooperación no opera sobre territorios vacíos de agencia: su eficacia depende de la interacción con organizaciones sociales y de la capacidad de estas para apropiarse, negociar y adaptar los instrumentos externos (Rueda Fiorentino e Insignares Cera, 2022).

De forma similar, el SIVJNR se benefició del apoyo europeo para fortalecer instituciones como la JEP y la Comisión de la Verdad, pero la institucionalización no garantiza por sí misma el acceso efectivo ni resultados homogéneos en todos los territorios. La JEP, por ejemplo, reporta 10 364 víctimas y 376 sujetos colectivos acreditados al 31 de agosto de 2024, lo que respalda la incorporación institucional. Sin embargo, ese indicador por sí solo no mide la satisfacción de las víctimas ni la materialización de medidas restaurativas. Lo que sí es posible concluir es que la cooperación europea ha sido más eficaz para crear un mejor ambiente institucional y mayores oportunidades de acción, pero no logra resolver barreras como el acceso a la justicia y las desigualdades territoriales.

Esto no desvirtúa el papel de la Unión Europea en la construcción de paz en Colombia. La financiación destinada a los Laboratorios de Paz y al Fondo Europeo para la Paz en Colombia continúa siendo un instrumento de gran relevancia para la consolidación de la paz en el país. Como ya se ha mencionado, las primeras iniciativas de apoyo surgieron a comienzos del año 2000 con los Laboratorios de Paz, programas que brindaron respaldo técnico y financiero a las regiones más golpeadas por el conflicto armado. Tras la firma del Acuerdo Final en noviembre de 2016, la UE intensificó su respaldo al proceso de paz mediante la creación del Fondo Europeo para la Paz. Este mecanismo, conformado por la propia UE, veintiún de sus Estados miembros, el Reino Unido y Chile, ha movilizado más de 130 millones de euros con el objetivo de acompañar la implementación de lo acordado. A través de su iniciativa para la construcción de paz, la Unión Europea ha demostrado ser el donante más importante del proceso de paz con las FARC-EP.

En este contexto, la UE emerge no solo como un actor donante, sino como una expresión concreta de lo que puede significar la solidaridad internacional institucionalizada. Su compromiso con Colombia no es fortuito, sino que responde a una vocación estructural de promover la paz y la justicia más allá de sus fronteras, consagrada en instrumentos como el Tratado de Lisboa y anclada en los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Si bien los datos cuantificados ofrecen una aproximación al impacto de los programas, su verdadero alcance solo puede comprenderse al considerar las transformaciones sociales evaluadas en las tablas: detrás de cada indicador hay vidas concretas transformadas por el conflicto y, en muchos casos, reconstruidas gracias a la cooperación internacional. Los Laboratorios de Paz no fueron simplemente programas de financiación; representaron una apuesta por devolver la dignidad y las oportunidades a regiones históricamente marginadas, como el Magdalena Medio. Los avances en la reincorporación de excombatientes a la vida civil, uno de los ejes más cruciales del acuerdo, han demostrado que la paz no se construye solo en las mesas de negociación, sino en el tejido cotidiano de las comunidades. Este trabajo aporta nuevas perspectivas al análisis comparativo, y resulta indispensable seguir investigando los efectos del proceso de paz y el papel de la cooperación externa en su desarrollo.

REFERENCIAS

- Agudelo Taborda, J., y Riccardi, D. (2019). La cooperación internacional para la paz en Colombia: los casos de Estados Unidos y de la Unión Europea (1998-2016). *Geopolítica(s): Revista de Estudios sobre Espacio y Poder*, 10(1), 107–134. <https://doi.org/10.5209/GEOP.61477>
- Baribbi, A., y Arboleda, J. (2013, noviembre). *Los Laboratorios de Paz y los Programas de Desarrollo y Paz*. European Union External Action. https://eeas.europa.eu/archives/delegations/colombia/documents/press_corner/2014/20140225_los_laboratorios_de_paz_y_los_programas_de_desarrollo_y_paz_es.pdf
- Caballero, H. (2011). El Laboratorio de Paz II en el Macizo Colombiano Alto Patía: versión de un participante. En *Construir paz: aportes desde la Universidad Nacional de Colombia* (pp. 137–163). Universidad Nacional de Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/9139/sesion6.pdf>

- Castañeda, D. (2014). *La Unión Europea y la construcción de la paz en Colombia: cómo la cooperación internacional puede apoyar la transición del conflicto armado a la paz*. Ediciones Uniandes.
- Cepeda-Ladino, J. C., y Costa, E. (2017). *Participación de la Unión Europea en la construcción de Laboratorios de Paz en Colombia: lecciones para el Modelo Alternativo de Inclusión e Innovación Productiva (MAIIP) en Viotá, Cundinamarca*. SSRN. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2994948>
- Comisión de la Verdad Colombia. (2019). *La Unión Europea apuesta por la verdad*. <https://web.comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/la-union-europea-apuesta-por-la-verdad>
- Denney, L., Mallett, R., y Mazurana, D. (2015). *Peacebuilding and service delivery*. United Nations University. <https://collections.unu.edu/eserv/UNU:6148/PeacebuildingandServiceDelivery.pdf>
- European External Action Service. (2021). *Apoyar la paz en Colombia, prioridad de la Unión Europea y de sus Estados miembros en el 2021*. <https://www.eeas.europa.eu/delegations/colombia>
- Fondo Europeo para la Paz. (2025). *Reporte final con corte a 30 de junio de 2024*. <https://www.fondoeuropeoparalapaz.eu/wp-content/uploads/2025/02/Reporte-final.pdf>
- Fondo Europeo para la Paz en Colombia. (2023). *Fondo Europeo para la Paz en Colombia*. <https://www.fondoeuropeoparalapaz.eu/wp-content/uploads/2023/02/Fondo-Europeo-para-la-Paz.pdf>
- Frasson-Quenoz, F. (2018). *Autores y teorías de relaciones internacionales: una cartografía*. Universidad Externado de Colombia.
- Galtung, J. (1969). Violence, peace, and peace research. *Journal of Peace Research*, 6(3), 167–191. <https://www.jstor.org/stable/422690>
- Gómez Correal, D., y Zugadi Bengoa, A. (2023). The European Union's cooperation for peace in Colombia: achievements, contributions and limits with respect to guaranteeing victims' rights. En K. Pérez de Armiño (Ed.), *European Union support for Colombia's peace process*. Palgrave Macmillan.
- Lederach, J. P., y Appleby, R. S. (2010). Strategic peacebuilding: an overview. En D. Philpott y G. Powers (Eds.), *Strategies of peace: transforming conflict in a violent world* (pp. 19–44). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195395914.003.0001>
- Leydesdorff, L. (1996). Luhmann's sociological theory: its operationalization and future perspectives. *Social Science Information*, 35(2), 283–306. <https://doi.org/10.1177/053901896035002007>
- Londoño Pinzón, M. F. (2021). *Impacto de los Laboratorios de Paz de la Unión Europea desde el 2002 al 2011 en la terminación del conflicto interno en Colombia* [Tesis de pregrado, Universidad Santo Tomás]. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/31334>

- Manners, I. (2002). Normative power Europe: a contradiction in terms? *Journal of Common Market Studies*, 40(2), 235–258. <https://doi.org/10.1111/1468-5965.00353>
- Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. (2016). *ABC del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/cartillaabcdelacuerdofinal2.pdf>
- Presta, D. (2020). *El conflicto de Colombia: acción de las organizaciones internacionales*. Aranzadi.
- Prosperidad Social. (2018). *Subdirección de Seguridad Alimentaria y Nutrición*. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.
- Rueda Fiorentino, M., e Insignares Cera, S. (2022). The relationship between civil society and EU cooperation: insights from peacebuilding in Colombia. *Romanian Political Science Review*, 22(2), 215–237.
- Wendt, A. (1999). *Social theory of international politics*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511612183>
- Zugadi Bengoa, A. (2023). *El modelo de construcción de paz de la Unión Europea en Colombia: aportes analíticos para una paz posliberal* [Tesis de maestría, Universidad del País Vasco]. <https://publicaciones.hegoa.ehu.eus/es/publications/574>

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

Alcance de la Ley 2376 de 2024: brechas de implementación en la Ciénaga de Mallorquín

*Scope of Law 2376 of 2024: Implementation
Gaps in the Ciénaga de Mallorquín*

Wainy Gutiérrez Ardila

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia
ardilaw@uninorte.edu.co

José Francisco Vergara Ariza

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia
jarizaf@uninorte.edu.co

RESUMEN

Este artículo analiza hasta qué punto la Ley 2376 de 2024, que protege el sistema cenagoso de la Ciénaga de Mallorquín (humedal estratégico del Caribe colombiano), tiene validez jurídica. Se contrasta el diseño institucional establecido por la ley con lo observado en campo en el ecoparque de los humedales, a partir de un análisis normativo y doctrinal. El texto afirma que la norma, a pesar de su ambición declarativa, enfrenta retos debido a una socialización insuficiente, una débil articulación entre instituciones y la falta de jurisprudencia consolidada para guiar su aplicación, lo cual restringe su exigibilidad real.

PALABRAS CLAVE

Política ambiental; biodiversidad; conservación de la naturaleza; participación comunitaria; humedales.¹

ABSTRACT

This article analyses the extent to which Act 2376 of 2024, which protects the wetland system of the Ciénaga de Mallorquín (a strategic wetland of the Colombian Caribbean), is legally effective. The institutional design established by the Act is contrasted with field observations at the wetlands eco-park, based on a normative and doctrinal analysis. The article argues that, despite its declarative ambition, the Act faces challenges due to insufficient public outreach, weak inter-institutional coordination and the lack of consolidated case law to guide its application, all of which restrict its real enforceability.

KEYWORDS

Environmental policy; biodiversity; nature conservation; community participation; wetlands.

DECLARACIÓN DEL ORIGEN DEL TEXTO

Artículo derivado de una investigación académica realizada en el marco del programa de Derecho de la Universidad del Norte.

1. INTRODUCCIÓN

La Ciénaga de Mallorquín constituye uno de los ecosistemas cenagosos más representativos del Caribe colombiano y un componente esencial de la conectividad hidrológica entre el río Magdalena, el mar Caribe y la ciudad de Barranquilla. No obstante, décadas de vertimientos, expansión urbana no planificada y deforestación de manglares han comprometido su equilibrio ecológico, situación documentada desde hace décadas por investigaciones previas sobre contaminación microbiológica, bioacumulación de metales pesados en especies ícticas, impactos de la urbanización aledaña y afectaciones socioambientales sobre las comunidades del corregimiento La Playa (Berrocal et al., 2018a, 2018b; Fuentes Gandara et al., 2018; Gutiérrez, 1986; Narváez González, 2023; Ospino Martínez, 2022; Vera y de la Rosa Muñoz, 2003).

Frente a este panorama, el Congreso de la República expidió la Ley 2376 de 2024², mediante la cual declaró zona de interés ambiental, turístico, ecológico y pesquero al sistema cenagoso de la Zapatosa, la Ciénaga de Mallorquín y la Ciénaga de Zapayán, y estableció mecanismos de coordinación interinstitucional orientados a su conservación y aprovechamiento sostenible (Congreso de Colombia, 2024). La expedición de esta norma reabre una pregunta recurrente en el derecho ambiental colombiano: ¿en qué medida el reconocimiento legal de un ecosistema como zona de interés se traduce en mecanismos jurídicos efectivamente exigibles y no solo en una declaración de principios?

Este artículo se propone responder la siguiente pregunta: ¿cuál es el alcance jurídico real de la Ley 2376 de 2024 frente a las brechas de implementación que enfrenta la protección de la Ciénaga de Mallorquín? Para ello se analiza el contenido normativo e institucional de la ley, se examina su inserción dentro del bloque normativo ambiental colombiano —la Convención Ramsar, la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1076 de 2015— y se contrasta ese diseño formal con evidencia empírica recogida en el Ecoparque Ciénaga de Mallorquín, referida al conocimiento de la norma por parte de visitantes, comerciantes y autoridades locales.

La justificación de este estudio se basa en que la efectividad del derecho ambiental no puede medirse solo por la validez formal de las regulaciones, sino también por su capacidad de producir conductas y estructuras institucionales verificables. El artículo está dividido en tres partes: en primer lugar, se reconstruye la genealogía normativa que precede a la Ley 2376 y se explica su contenido institucional; en segundo lugar, se advierte que no hay jurisprudencia consolidada para guiar su interpretación; por último, se compara ese marco con datos de campo para llegar a conclusiones sobre su alcance y sus líneas futuras de reflexión.

2. DESARROLLO TEMÁTICO

2.1 Genealogía normativa: de la Convención Ramsar a la Ley 2376 de 2024

La protección jurídica de los humedales colombianos se inscribe en una trayectoria normativa que antecede a la Ley 2376 por más de dos décadas. Colombia se vinculó a la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, conocida como Convención Ramsar, mediante la Ley 357 de 1997, cuya exequibilidad fue declarada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-582 de 1997. Ese fallo destacó que la conservación de los humedales de importancia internacional constituye un desarrollo directo del derecho constitucional a un ambiente sano y comprometió al Estado colombiano a delimitar y proteger los humedales de su territorio (Congreso de Colombia, 1997; Corte Constitucional de Colombia, 1997).

Un año antes, la Ley 99 de 1993 había creado el Ministerio del Medio Ambiente y el Sistema Nacional Ambiental (SINA), organizando institucionalmente la gestión de los recursos naturales bajo principios de desarrollo sostenible (Congreso de Colombia, 1993). Posteriormente, el Decreto 1076 de 2015 compiló y sistematizó la reglamentación ambiental vigente, consolidando el marco operativo del que hoy dependen entidades como el Ministerio de Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales (Presidencia de la República de Colombia, 2015). La Ley 2376 de 2024 se inserta en esta trayectoria: no crea un régimen jurídico autónomo, sino que declara zonas de interés ambiental, turístico y ecológico —entre ellas la Ciénaga de Mallorquín— y activa, sobre esa base, los instrumentos institucionales ya existentes, en línea con la literatura jurídica sobre el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales (Sarmiento y Collart Dutilleul, 2019).

2.2 Contenido y alcance institucional de la Ley 2376

La Ley 2376 de 2024 declara zona de interés ambiental, turístico, ecológico y pesquero al sistema cenagoso de la Zapatosa, a la Ciénaga de Mallorquín, ubicada en el Distrito de Barranquilla, y a la Ciénaga de Zapayán. Sobre esa declaratoria, la norma autoriza al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a incluir estos ecosistemas en el inventario turístico nacional e impulsar proyectos de ecoturismo, agroturismo y acuaturismo. Asimismo, ordena al Gobierno nacional realizar un monitoreo anual de la capacidad de carga de los ecosistemas cenagosos y garantizar la divulgación de los estudios técnicos correspondientes entre las entidades y comunidades asentadas en la zona de influencia (Congreso de Colombia, 2024).

La ley incluye, en el ámbito institucional, a los ministerios de Comercio, de Agricultura y del Medio Ambiente, así como a las gobernaciones de Magdalena, Cesar y Atlántico. También involucra a los distritos y municipios que forman parte del sistema cenagoso, todo ello según los principios constitucionales de coordinación, subsidiariedad y concurrencia. Además, la norma contempla el fortalecimiento de las entidades de turismo comunitario como medio para conciliar el desarrollo económico local con la preservación ecológica. Por consiguiente, es una ley de tipo programático y declarativo: establece metas y asigna competencias, pero delega en actos administrativos futuros la determinación de los métodos específicos de exigibilidad y de los planes de gestión y normativas por sector.

2.3 El vacío jurisprudencial y sus implicaciones

A la fecha de elaboración de este artículo no se identifica jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional ni del Consejo de Estado que se haya pronunciado específicamente sobre la aplicación de la Ley 2376 de 2024 a la Ciénaga de Mallorquín³. Esta ausencia es explicable por la reciente expedición de la norma, pero no resulta jurídicamente neutra: mientras no exista control judicial sobre su cumplimiento, la exigibilidad de la ley depende casi exclusivamente de la voluntad administrativa de las entidades obligadas.

Un precedente análogo, aunque referido a otro ecosistema, permite dimensionar con mayor precisión el alcance potencial de la jurisdicción constitucional en este tipo de situaciones. En la Sentencia T-622 de 2016, la Corte Constitucional no solo reconoció al río Atrato como sujeto de derechos, sino que también desarrolló criterios detallados para la protección de los ecosistemas y la

garantía de la participación efectiva de las comunidades étnicas en la gestión ambiental (Corte Constitucional de Colombia, 2016). Este fallo estableció, además, la obligación del Estado de crear estructuras institucionales específicas, como los guardianes del río, y definió mecanismos de seguimiento judicial para verificar el cumplimiento de las órdenes impartidas. Por tanto, la intervención del tribunal constitucional no se limitó a la protección declarativa, sino que operacionalizó principios constitucionales en acciones concretas aplicables por las entidades responsables. La ausencia, hasta la fecha, de una jurisprudencia semejante respecto de la Ciénaga de Mallorquín indica que este humedal continúa bajo un régimen jurídico predominantemente declarativo, careciendo, por ahora, de las directrices interpretativas y de los mecanismos coactivos que la Corte Constitucional ha dispuesto en casos como el del Atrato.

2.4 De la norma a la práctica: evidencia desde el Ecoparque Ciénaga de Mallorquín

Con el propósito de contrastar el diseño normativo con su aplicación efectiva, se realizó una observación de campo en el Ecoparque Ciénaga de Mallorquín, complementada con entrevistas semiestructuradas a trabajadores del parque, visitantes, comerciantes y autoridades ambientales⁴. La visita permitió constatar la presencia de guardabosques, guardias privados y policía ambiental encargados de controlar el ingreso de plásticos de un solo uso, en cumplimiento de la normativa vigente. Pese a estos controles, se registró la presencia de residuos sólidos, como botellas de plástico y de poliestireno, cuyo origen, según los agentes ambientales consultados, se asocia principalmente al arrastre de basura por la marea desde el río Magdalena y el mar Caribe hacia el interior del parque.

El hallazgo más relevante para efectos de este análisis fue el desconocimiento generalizado de la Ley 2376 entre los actores entrevistados: de los trabajadores y visitantes consultados, solo uno mostró familiaridad con la existencia y el contenido de la norma. Esta brecha de socialización contrasta con el mandato expreso de divulgación que la propia ley impone al Gobierno nacional. Las entrevistas también revelaron percepciones matizadas sobre el papel del ecoparque: mientras una residente local destacó su función pedagógica para sensibilizar a la comunidad sobre el valor del humedal, un visitante ocasional insistió en la necesidad de mayor vigilancia y educación ambiental para evitar que la afluencia turística termine afectando la biodiversidad que se busca proteger, una tensión ya documentada en estudios previos sobre la percepción comunitaria frente a

las transformaciones paisajísticas del humedal (López Rojas y Mejía Turizo, 2022).

En el plano de las buenas prácticas, el propietario de un comercio autorizado dentro del parque, dedicado a la venta de productos derivados del coco, relató la realización de jornadas semanales de limpieza como parte de su operación, lo que ilustra que la sostenibilidad del ecoparque también depende de compromisos voluntarios que exceden el marco estrictamente normativo. Por su parte, un agente de la policía ambiental explicó que el ecoparque se divide en once etapas, de las cuales solo tres están habilitadas para el acceso público, como estrategia progresiva de conservación mientras avanzan los procesos de restauración de las etapas restantes.

2.5 Discusión: entre el diseño normativo ambicioso y la exigibilidad débil

La distinción clásica entre la validez formal de una norma y su eficacia sociológica⁵ resulta especialmente útil para interpretar el caso analizado. La Ley 2376 de 2024 es válida: fue expedida por el órgano competente y se inserta de manera coherente en el bloque normativo ambiental colombiano. Sin embargo, la evidencia de campo sugiere que su eficacia —su capacidad de modificar comportamientos y generar cumplimiento— es todavía limitada, en razón de al menos tres factores: la insuficiente divulgación de la norma entre la población directamente afectada; la ausencia de mecanismos de monitoreo público y de rendición de cuentas accesibles a la ciudadanía, prácticas que, cuando existen, el propio Ministerio de Ambiente ha documentado en otros contextos (Vallejo López, 2015); y la falta de un pronunciamiento judicial que precise las obligaciones exigibles a las entidades responsables.

Esta tensión no es exclusiva de la Ciénaga de Mallorquín. La literatura sobre conservación ambiental ha señalado que la protección efectiva de los ecosistemas depende tanto de la existencia de un marco jurídico adecuado como del fortalecimiento institucional y de la participación comunitaria en su implementación (Herrera et al., 2010; Palacios Anzules y Moreno Castro, 2022). De manera similar, los estudios sobre turismo sostenible advierten que la declaratoria de un territorio como destino ecoturístico solo genera beneficios ambientales netos cuando se acompaña de indicadores de seguimiento y de una planificación estratégica capaz de equilibrar el desarrollo económico con la capacidad de carga del ecosistema (Giraldo Uribe et al., 2020). La Ley 2376 recoge ambos propósitos en su articulado, pero su fase de implementación, según la evidencia recogida, aún no ha alcanzado ese equilibrio.

3. CONCLUSIONES

El análisis realizado permite sostener que el alcance jurídico de la Ley 2376 de 2024 es, hasta el momento, predominantemente declarativo. La norma consolida institucionalmente la protección de la Ciénaga de Mallorquín dentro del bloque normativo ambiental colombiano, heredero de la Convención Ramsar, la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1076 de 2015, que distribuyen competencias claras entre el Gobierno nacional, las entidades territoriales y los ministerios concernidos. No obstante, la evidencia de campo recogida en el Ecoparque Ciénaga de Mallorquín muestra que esa arquitectura normativa aún no se traduce en un conocimiento generalizado de la ley entre los actores locales, ni en mecanismos verificables de monitoreo y rendición de cuentas.

La pregunta que orientó este artículo encuentra así una respuesta matizada: la norma ofrece un fundamento jurídico sólido para la protección del humedal, pero su exigibilidad efectiva depende todavía de factores extranormativos, como la divulgación institucional, la articulación entre autoridades ambientales y de policía, y la eventual intervención de la jurisdicción constitucional o contencioso-administrativa, que hasta la fecha no se ha pronunciado sobre su aplicación.

De este análisis se derivan tres líneas de reflexión futura. En primer lugar, resulta necesario un seguimiento a mediano plazo que permita evaluar si la ausencia actual de jurisprudencia sobre la Ley 2376 se mantiene o si, como ocurrió con el río Atrato, la jurisdicción constitucional termina interviniendo para precisar sus alcances. En segundo lugar, sería pertinente examinar comparativamente la aplicación de la ley en los tres ecosistemas declarados protegidos —Zapatoza, Mallorquín y Zapayán—, para determinar si las brechas de implementación identificadas en este estudio son particulares del caso analizado o responden a un patrón más general. Finalmente, se sugiere profundizar en el diseño de indicadores de divulgación normativa que permitan medir objetivamente el grado de socialización de las normas ambientales entre las comunidades directamente beneficiarias de su protección.

NOTAS

- ¹ Los términos clave han sido contrastados con el Tesoro EUROVOC (tesoro multilingüe de la Unión Europea, con cobertura en derecho y medio ambiente) y el Tesoro UNESCO (Ciencias Sociales y Humanidades, y Ciencias Ambientales e Ingeniería).
- ² Título completo: Ley 2376 de 2024, «por medio de la cual se declara zona de interés ambiental, turístico y ecológico del sistema cenagoso de la Zapatosa, la Ciénaga de Mallorquín en los departamentos del Cesar, el Magdalena y el Atlántico, y la Ciénaga de Zapayán, ubicada en el departamento del Magdalena, se reconoce su potencial pesquero y se dictan otras disposiciones». Sancionada el 12 de julio de 2024.
- ³ Búsqueda realizada en el Sistema Único de Información Normativa (SUIN-Juriscol), en la Relatoría de la Corte Constitucional de Colombia y en el buscador de jurisprudencia del Consejo de Estado. No se descarta que, con posterioridad al cierre de edición de este artículo, se profieran pronunciamientos judiciales sobre la materia.
- ⁴ La observación se realizó el 11 de noviembre de 2024, entre las 7:00 a. m. y las 11:30 a. m. Se complementó con entrevistas semiestructuradas a seis actores: dos trabajadores del ecoparque, dos visitantes, un comerciante autorizado y un agente de la policía ambiental.
- ⁵ La distinción entre la validez formal y la eficacia sociológica de las normas jurídicas es un lugar común en la teoría del derecho, desarrollada clásicamente por Hans Kelsen en su *Teoría pura del derecho*.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Berrocal, J., Ortega, A. M., Reales, R., González, S., y Calderón, R. (2018a). Contaminación en la Ciénaga de Mallorquín: una perspectiva sociojurídica. En L. I. Albor-Chadid (Ed.), *Educación socioambiental*. Ediciones Universidad Simón Bolívar. <http://hdl.handle.net/20.500.12442/2606>
- Berrocal, J., Ortega, A. M., Reales, R., González, S., y Calderón, R. (2018b). El impacto ambiental, jurídico y económico que ocasionan las urbanizaciones construidas alrededor de la Ciénaga de Mallorquín. *Revista Educación Socioambiental*. Universidad Simón Bolívar. <https://hdl.handle.net/20.500.12442/12740>
- Congreso de Colombia. (1993). *Ley 99 de 1993, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=297>
- Congreso de Colombia. (1997). *Ley 357 de 1997, por medio de la cual se aprueba la «Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas», suscrita en Ramsar el 2 de febrero de 1971*. Diario Oficial No. 42.967. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=344>

- Congreso de Colombia. (2024, 12 de julio). *Ley 2376 de 2024, por medio de la cual se declara zona de interés ambiental, turístico y ecológico del sistema cenagoso de la Zapatosa, la Ciénaga de Mallorquín y la Ciénaga de Zapayán y se dictan otras disposiciones*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30051838>
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-582 de 1997* (M. P. José Gregorio Hernández Galindo). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-582-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T-622 de 2016* (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm>
- Fuentes Gandara, F., Pinedo Hernández, J., y Marrugo Negrete, J. (2018). Metales pesados en especies ícticas de la Ciénaga de Mallorquín, Colombia. *Espacios*, 39(3), 1–10. <https://www.revistaespacios.com/a18v39n03/a18v39n03p19.pdf>
- Giraldo Uribe, J. J., Sánchez Muñoz, M. del P., y Ruíz Agudelo, H. H. (2020). Propuesta de indicadores ambientales para un turismo sostenible en el desierto de la Tatacoa, Huila, Colombia. *Semestre Económico*, 23(54), 239–261. <https://doi.org/10.22395/seec.v23n54a12>
- Gutiérrez, E. (1986). *Evaluación ambiental preliminar de las lagunas costeras de Mallorquín y Puerto Colombia (Atlántico)* [Informe técnico]. Unidad Ambiental Cartagena.
- Herrera, J. A., Hernández Contreras, F., Barrientos, A., Gaona, T., y Reyes, D. (2010). Conservación ambiental: análisis del código para el desarrollo sustentable del estado de Tamaulipas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (127), 1–20.
- López Rojas, J. P., y Mejía Turizo, J. (2022). Percepción de la comunidad de la Ciénaga de Mallorquín frente a la propuesta de transformación paisajística para el avance de Barranquilla como biodiversidad. *Erg@omnes*, 13(1), 207–220. <https://revistas.uninunez.edu.co/index.php/ergaomnes/article/view/1961>
- Narváez González, A. (2023). *Construcción de una guía metodológica para abordar la problemática ambiental e hidrológica en ambientes cenagosos: caso de estudio Ciénaga de Mallorquín* [Tesis de pregrado, Universidad del Norte]. Repositorio Universidad del Norte. <http://hdl.handle.net/10584/12793>
- Ospino Martínez, O. O. (2022). *Coliformes totales como indicadores de contaminación en la Ciénaga de Mallorquín, Atlántico-Colombia* [Tesis de maestría, Universidad del Atlántico]. Repositorio Universidad del Atlántico. <https://hdl.handle.net/20.500.12834/1168>
- Palacios Anzules, Í. del C., y Moreno Castro, D. W. (2022). Contaminación ambiental. *RECIMUNDO*, 6(2), 93–103. [https://doi.org/10.26820/recimundo/6.\(2\).abr.2022.93-103](https://doi.org/10.26820/recimundo/6.(2).abr.2022.93-103)

Presidencia de la República de Colombia. (2015). *Decreto 1076 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78153>

Sarmiento, J., y Collart Dutilleul, F. (Dirs.). (2019). *Estudios jurídicos sobre aprovechamiento sustentable de los recursos naturales: aproximación a alternativas jurídicas para la sostenibilidad y seguridad alimentaria* (1.ª ed.). Editorial Universidad del Norte. <https://doi.org/10.2307/j.ctvhhhf04>

Vallejo López, G. (2015). *Minambiente y Parques Nacionales Naturales rindieron cuentas a la ciudadanía 2014-2015*. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia.

<https://www.minambiente.gov.co/minambiente-y-parques-nacionales-naturales-rindieron-cuentas-a-la-ciudadania-2014-2015/>

Vera, L. A., y de la Rosa Muñoz, J. (2003). Estructura de la comunidad íctica de la Ciénaga de Mallorquín, Caribe colombiano. *Boletín de Investigaciones Marinas y Costeras - INVEMAR*, 32(1), 231–242.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-97612003000100012

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

¿Puede el derecho resocializar a quien no se arrepiente?

*Can the Law Rehabilitate Those Who Feel
No Remorse?*

Daniela Hernández Luckert Daniel Londoño Owen Jesús Moreno Benítez

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia
Correo de correspondencia: dluckert@uninorte.edu.co

RESUMEN

Este artículo examina la legitimidad de la resocialización como fin de la pena frente a sujetos incapaces de un arrepentimiento auténtico. Desde una lectura iusnaturalista que articula a Tomás de Aquino, John Finnis, Rainer Forst y la distinción bobbiana entre validez, eficacia y justicia, se sostiene que la resocialización es normativamente necesaria, pero materialmente inviable en individuos con rasgos psicopáticos que instrumentalizan al otro de manera estructural. El caso de Joe Goldberg, protagonista de la serie *You*, sirve como arquetipo para mostrar que, en tales supuestos, la resocialización opera como una ficción jurídica necesaria.

PALABRAS CLAVE

Resocialización; fines de la pena; arrepentimiento; psicopatía; iusnaturalismo.

ABSTRACT

*This article examines the legitimacy of rehabilitation as a purpose of punishment when applied to individuals incapable of genuine remorse. Drawing on a natural law perspective that integrates the thought of Thomas Aquinas, John Finnis, Rainer Forst, and Norberto Bobbio's distinction between validity, efficacy, and justice, it argues that rehabilitation is normatively necessary but materially unfeasible for individuals with psychopathic traits who systematically instrumentalize others. The case of Joe Goldberg, protagonist of the series *You*, serves as an archetype illustrating that, in such cases, rehabilitation functions as a necessary legal fiction.*

KEYWORDS

Rehabilitation; purposes of punishment; remorse; psychopathy; natural law.

ORIGEN DEL TEXTO

Trabajo académico elaborado en el marco del curso de Filosofía del Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL¹

Los autores declaran el uso de herramientas de inteligencia artificial generativa como apoyo de estilo, verificación de normas editoriales y depuración de redundancias; la autoría intelectual del texto es exclusivamente suya (véase la nota 1).

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal siempre ha sido el terreno donde la filosofía jurídica se enfrenta a sus preguntas más incómodas. No nos referimos a las que se resuelven consultando un artículo o rastreando un precedente, sino a las que tocan el hueso del sistema: las que preguntan por qué existe, para qué sirve y hasta dónde llega su legitimidad. Dentro de ese conjunto de interrogantes, pocas resultan tan persistentes como la que rodea los fines de la pena. En el ordenamiento colombiano, la resocialización no ocupa ese lugar privilegiado por casualidad: es la traducción normativa de una apuesta filosófica y constitucional concreta, la convicción de que la dignidad humana no se pierde con el delito y de que toda persona —incluso quien ha causado un daño irreparable— conserva la posibilidad de transformarse. Sin embargo, existe una tensión incómoda. Hay un perfil de sujeto ante el cual la resocialización empieza a mostrar sus costuras: no el infractor ocasional, no quien actuó bajo una presión extrema o en un momento de quiebre emocional, sino aquel que actuó con plena lucidez, que comprende perfectamente que su conducta está prohibida y que, lejos de cuestionarla, la reinterpreta como legítima; a veces, incluso, como un acto de coherencia o de convicción. Es precisamente frente a ese sujeto, el que ha construido su existencia sobre la negación sistemática del valor del otro, donde la resocialización encuentra sus límites más honestos y, quizás, más incómodos.

Joe Goldberg, el protagonista de *You* (Gamble y Berg, 2018), encarna ese perfil con una precisión que pocas figuras de la ficción contemporánea logran sostener con tanta incomodidad. No estamos ante un asesino movido por el sadismo ni ante alguien que ha perdido el contacto con la realidad. Joe es, en apariencia, todo lo contrario: coherente, articulado, capaz de construir vínculos afectivos genuinos con quienes lo rodean. Y aun así, mata. Manipula. Controla. Lo hace desde una narrativa interior tan elaborada que cada crimen termina justificado como un acto de amor, de

protección, de lealtad. Dicha brecha —entre quien comprende perfectamente las normas y quien es estructuralmente incapaz de reconocer al otro como un fin en sí mismo— es exactamente lo que la tradición filosófica ha intentado nombrar cuando habla de la psicopatía como caso límite para el derecho: un sujeto que no falla en el razonamiento, sino en algo más difícil de señalar y, por lo mismo, más difícil de abordar desde cualquier sistema punitivo.

Este artículo aborda el problema desde tres ángulos que se alimentan entre sí. El primero es filosófico-jurídico, con particular atención a la tradición iusnaturalista que va de Tomás de Aquino a John Finnis, con Kant como punto de inflexión inevitable. El segundo es el del derecho positivo colombiano: el artículo 4 del Código Penal y la jurisprudencia constitucional sobre los fines de la pena, especialmente en la fase de ejecución. El tercero es clínico: el perfil psiquiátrico de Joe Goldberg, leído a partir de los criterios que Robert Hare sistematizó en la PCL-R. Como herramientas transversales, el análisis se apoya en la distinción bobbiana entre validez, eficacia y justicia, y en la teoría de la justificación de Rainer Forst, para tender el puente entre el problema filosófico y el jurídico.

La hipótesis que recorre estas páginas puede formularse así: la resocialización es un fin válido, filosóficamente fundado y constitucionalmente necesario, pero su legitimidad no puede sostenerse de forma universal. Y no puede hacerlo porque descansa sobre condiciones que, en sujetos con psicopatía severa, están estructuralmente ausentes. La más fundamental de esas condiciones es la capacidad de arrepentimiento genuino, no entendida como emoción, sino como reconocimiento normativo: asumir que el daño causado fue injustificado y comprometerse, desde adentro, a no repetirlo. Cuando esa capacidad no existe, la resocialización deja de ser un horizonte real y se convierte en una ficción que el derecho necesita sostener, pero que la realidad psicológica del condenado le impide alcanzar.

II. LA PENA COMO MEDICINA DEL ALMA: DEL IUSNATURALISMO CLÁSICO AL MODERNO

2.1 Tomás de Aquino: *poena ut medicina* y las condiciones del arrepentimiento

Para entender por qué la resocialización tiene sentido filosófico antes de tenerlo jurídico, hay que remontarse a Tomás de Aquino. Su aporte no es simplemente una teoría abstracta de la pena; es parte de una concepción del ser humano como criatura racional orientada hacia el bien, capaz de

desviarse de él y, lo que resulta decisivo, capaz también de volver. Aquino distingue dos dimensiones del castigo que vale la pena separar con cuidado. La *poena ut poena* corresponde a la retribución: la pena como exigencia de justicia y como restauración del equilibrio roto por el delito. La *poena ut medicina*, en cambio, convierte el castigo en un instrumento orientado a la corrección del infractor y a la protección del orden social. Es en esta segunda dimensión donde aparece la pregunta central de este trabajo: ¿puede la pena funcionar como medicina cuando quien la recibe es estructuralmente incapaz de ser curado?

En la *Summa Theologiae*, Aquino sostiene que la pena civil cumple su función medicinal en la medida en que el individuo, al verse privado de algo contra su voluntad, es inducido a moderar las inclinaciones que lo condujeron al delito. Pero añade algo de enorme peso: esa transformación solo es posible cuando el sujeto es capaz de reconocer la injusticia de su propio acto. Esa capacidad pertenece a la *recta ratio*, la razón práctica bien orientada que todo ser humano posee en tanto criatura racional. Cuando esa capacidad está profundamente perturbada, la pena puede seguir siendo justa en su dimensión retributiva, pero su dimensión medicinal queda comprometida desde la raíz (Aquino, 2001, II-II, q. 66, a. 6).

En el esquema tomista, el arrepentimiento no es una reacción emocional espontánea. Es un acto de la razón práctica: reconocer que la propia acción contradijo el orden del bien, que ese bien existía con independencia de los deseos del agente y que la voluntad estuvo mal orientada al cometerla. Esa estructura es simultáneamente cognitiva y volitiva. No basta con saber que el acto fue ilegal, ni siquiera con sentir una incomodidad vaga: exige que el sujeto se adhiera a un orden moral que reconoce como vinculante, incluso cuando va en contra de sus propios intereses. Un sujeto que reinterpreta sistemáticamente sus actos dañinos como actos de amor o de protección no está realizando esa adhesión; está situado exactamente en el polo opuesto de lo que el arrepentimiento tomista exige.

Hay una implicación de la *poena ut medicina* que con frecuencia se pasa por alto: la medicina presupone un organismo capaz de responder a ella. En el orden moral, el equivalente de esa condición es la capacidad del sujeto para recibir el reproche penal como algo que le interpela legítimamente, que toca su conciencia. Cuando esa capacidad está estructuralmente ausente, la dimensión medicinal opera en el vacío.

2.2 Kant y la paradoja del psicópata

La filosofía práctica de Kant añade una dimensión que no puede obviarse. Su segunda formulación del imperativo categórico establece que debemos tratar a la humanidad en nuestra propia persona y en la de cualquier otro siempre como un fin, nunca meramente como un medio (Kant, 1785/2007, AK 4:429). Una fórmula aparentemente sencilla que tiene implicaciones profundas para la teoría de la pena.

En el esquema kantiano, la pena se justifica porque el condenado es un agente moral capaz de orientar libremente su conducta; y la resocialización se justifica porque ese mismo agente es capaz de transformarse. Ambas justificaciones descansan sobre un supuesto común: que el sujeto reconoce, al menos potencialmente, un orden moral que trasciende sus propios deseos. Sin ese reconocimiento, la lógica kantiana pierde su referente. No es posible apelar a la dignidad del agente moral de quien niega sistemáticamente la dignidad de los demás. De ahí emerge lo que podría llamarse la paradoja kantiana del psicópata: el individuo que trata a los otros como medios para sus propios fines opera con la racionalidad instrumental de quien conoce las reglas, pero sin la racionalidad moral de quien las reconoce como vinculantes. La resocialización, entendida en clave kantiana como el proceso por el cual el sujeto interioriza el reproche penal y reorienta su voluntad conforme al deber, exige exactamente ese reconocimiento que el psicópata es constitucionalmente incapaz de realizar.

Esto no equivale a excluirlo del ámbito de la dignidad humana. El propio Kant insiste en que incluso el peor criminal debe recibir la pena de un modo compatible con su humanidad (Kant, 1797/2005). Lo que sí significa es que la dimensión transformadora de la pena encuentra aquí un límite que la filosofía kantiana no puede superar desde sus propios recursos: el límite de una voluntad que se niega a reconocer el orden moral que haría posible su propia transformación.

2.3 John Finnis: bienes humanos básicos y la imposibilidad de participar en ellos

El iusnaturalismo contemporáneo de John Finnis ofrece un ángulo adicional. Finnis sostiene que existen bienes humanos básicos —la vida, el conocimiento, la amistad, la razonabilidad práctica, entre otros— que son objetivamente valiosos como condiciones de una vida humana plena, y que el orden jurídico se justifica en la medida en que protege y facilita el acceso de los individuos a esos bienes (Finnis, 1980). Desde esta perspectiva, la resocialización adquiere un sentido filosófico

preciso: es el proceso por el cual el condenado recupera la capacidad de participar genuinamente en los bienes humanos básicos de carácter relacional, especialmente en aquellos que implican reconocer al otro como agente moral igualmente valioso. El psicópata no es simplemente alguien que ha elegido actuar mal: es alguien que no puede acceder de forma auténtica a esos bienes, porque su estructura psicológica bloquea el tipo de reconocimiento que exigen. Puede simular la amistad e imitar el respeto, pero no puede habitarlos, porque hacerlo requeriría atribuirle al otro un valor que trasciende su utilidad. El obstáculo que enfrenta la resocialización no es, entonces, meramente práctico —no se trata de que el sistema penitenciario no haya encontrado todavía el programa adecuado—: el problema es constitutivo, pues la transformación que la resocialización exige presupone una capacidad que, en este perfil de sujeto, está estructuralmente ausente.

III. EL MARCO ANALÍTICO: BOBBIO Y FORST

3.1 Bobbio: validez, eficacia y justicia de la resocialización

El marco iusnaturalista construido hasta aquí necesita articularse con las categorías que permiten examinar el problema desde la teoría jurídica. La distinción de Norberto Bobbio entre validez, eficacia y justicia del derecho ofrece ese instrumento con la precisión que el análisis requiere. Para Bobbio, estos tres planos son irreductibles entre sí: una norma puede ser válida sin ser justa, justa sin ser eficaz, eficaz sin ser válida ni justa. Esa claridad permite evitar dos errores simétricos en el debate sobre la resocialización: confundir su validez formal con su legitimidad material, o concluir que su inutilidad empírica en ciertos casos justifica abandonarla como principio (Bobbio, 1993, p. 21). En el ordenamiento colombiano, la resocialización es plenamente válida en sentido bobbiano: está consagrada en la ley y desarrollada por la jurisprudencia constitucional de forma coherente con la Constitución. Es también normativamente justa, en cuanto expresa el compromiso del Estado con la dignidad del condenado y con la posibilidad de su transformación. El problema aparece en el tercer plano, el de la eficacia: en ciertos casos, la resocialización no produce los efectos que promete, no porque el sistema falle, sino porque el sujeto al que se aplica carece de las condiciones que harían posible esa transformación.

Esa tensión entre validez, justicia y eficacia es el núcleo del problema. Y es la que configura la resocialización, en casos extremos, como una ficción jurídica necesaria: una norma que el sistema no puede abandonar sin comprometer sus propios fundamentos, pero que opera sobre un vacío

cuando se aplica a quienes son estructuralmente refractarios al reproche moral.

3.2 Habermas y Forst: la exigencia de justificación y sus límites

La dimensión habermasiana del problema añade un elemento que completa el cuadro filosófico. Para Jürgen Habermas, la validez del derecho no puede reducirse a su facticidad: para que una norma sea legítima en sentido pleno, debe poder obtener el asentimiento racional de todos los afectados en condiciones de discurso libre e igualitario. La legitimidad reside en la justificabilidad, no en la mera positividad (Habermas, 1998). Esa exigencia de justificación, desarrollada con mayor precisión por Rainer Forst, implica que toda norma jurídica debe poder sostenerse frente a quienes se aplica bajo condiciones de reciprocidad y generalidad. Forst lo llama el derecho fundamental a la justificación: todo individuo tiene derecho a exigir razones para las normas que restringen su libertad, y esas razones deben ser de una naturaleza que él mismo podría reconocer como válidas desde su propia perspectiva racional (Forst, 2012).

El caso del psicópata plantea aquí un problema sutil pero decisivo. Justificar la resocialización presupone un interlocutor que comparte, al menos como posibilidad, el reconocimiento de que el daño que causó fue real e injustificado. Sin ese punto de partida, el diálogo justificativo que Forst exige resulta imposible de antemano, no por un defecto del argumento, sino por una incapacidad estructural del destinatario para recibirlo. La resocialización no puede justificarse como tal ante quien es incapaz de reconocer que causó un daño injusto, porque esa capacidad de reconocimiento es precisamente la condición que hace posible el diálogo que toda justificación exige.

IV. LA RESOCIALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

4.1 El marco normativo y su interpretación constitucional

El artículo 4 de la Ley 599 de 2000 establece con claridad los fines de la pena en Colombia: «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» (Congreso de la República de Colombia, 2000). No es una declaración programática vacía: es la traducción normativa de una elección filosófica de fondo, coherente con el modelo de Estado social de derecho consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, cuyo fundamento último es la dignidad de la persona humana. La

Corte Constitucional ha sido consistente en interpretar esta disposición en un sentido exigente: la resocialización no es un fin accesorio entre varios posibles, sino el objetivo central y determinante de la fase de ejecución de la pena. En múltiples pronunciamientos, la Corte ha señalado que el sistema penitenciario no puede limitarse a custodiar al condenado ni a imponerle un sufrimiento proporcional al delito; debe orientarse activamente a su transformación y a la respectiva reintegración a la sociedad.

4.2 Ideal normativo y criterio operativo: el arrepentimiento implícito del sistema

La resocialización opera en dos planos distintos que conviene separar con cuidado. En el primero es un ideal normativo: el horizonte hacia el cual debe orientarse la ejecución de la pena, con independencia de los resultados que se obtengan en cada caso concreto. En el segundo es un criterio operativo: el parámetro con el que los jueces de ejecución de penas evalúan la procedencia de beneficios como la libertad condicional, la prisión domiciliaria o la reducción de pena por buena conducta.

Es en este segundo plano donde el arrepentimiento adquiere relevancia jurídico-práctica. La legislación colombiana no lo exige formalmente como condición para acceder a ningún beneficio penitenciario. Pero la práctica judicial revela algo distinto: los indicadores utilizados para evaluar el proceso resocializador —el reconocimiento del daño causado, la reparación a las víctimas, la disposición hacia la transformación personal, la ausencia de conductas regresivas— presuponen todos, en mayor o menor medida, algún grado de reconocimiento normativo del propio acto como reprochable. El juez que evalúa si un condenado está listo para salir antes de cumplir su pena completa está evaluando, entre otras cosas, si ese sujeto ha interiorizado el reproche penal de manera suficiente como para ofrecer una garantía razonable de no reincidencia. Y esa interiorización es exactamente lo que el arrepentimiento genuino implica. La ausencia de arrepentimiento en el perfil de Joe Goldberg no sería, entonces, un problema exclusivamente filosófico: sería también un problema jurídico-práctico, pues en el momento en que ese sujeto llegara a ser evaluado para acceder a beneficios penitenciarios, la ausencia de cualquier reconocimiento normativo del daño causado y la persistencia de la narrativa autojustificatoria serían los indicadores más elocuentes de que el proceso resocializador no ha producido el efecto que la norma persigue.

4.3 La fase de ejecución como escenario del límite

Es en la fase de ejecución de la pena donde el análisis jurídico se vuelve más concreto y donde los límites de la resocialización se hacen más visibles. Esta fase no es el simple cumplimiento temporal de una condena; es, en el modelo colombiano, el escenario donde la pena debe desplegar su función transformadora. Los programas de trabajo, educación y tratamiento penitenciario están diseñados con ese propósito. Toda esa infraestructura presupone, sin embargo, un sujeto que puede ser alcanzado por ella en el nivel en que la transformación debe ocurrir: el de la subjetividad moral. La investigación criminológica aporta aquí un dato filosóficamente incómodo. Los estudios sobre individuos con altos puntajes en la Escala de Psicopatía de Hare (PCL-R) en entornos penitenciarios han mostrado de manera consistente que estos sujetos no solo no se benefician de los programas de tratamiento convencionales, sino que en ciertos casos los utilizan para perfeccionar sus habilidades de simulación y obtener ventajas instrumentales del sistema. Harris, Rice y Cormier (1991) encontraron algo especialmente revelador: los individuos con altos puntajes de psicopatía que participaron en un programa de tratamiento intensivo mostraron tasas de reincidencia violenta significativamente más altas que quienes no participaron. El tratamiento, lejos de producir transformación moral, les proporcionó herramientas adicionales para manipular al sistema y a sus interlocutores (Rice et al., 1992). Hare formuló esta observación con precisión:

Muchos psicópatas participan en todo tipo de programas de tratamiento penitenciario, exhiben un progreso notable, convencen a los terapeutas y a las juntas de libertad condicional de su carácter reformado, son liberados y retoman exactamente donde lo dejaron cuando entraron a prisión.

HARE Y NEUMANN, 2008, P. 14

Esta observación no es un argumento en contra de los programas de rehabilitación en general; es una advertencia sobre la diferencia entre el cambio conductual visible y la transformación moral interna que la resocialización, en su sentido filosófico más profundo, persigue.

V. EL PERFIL DE JOE GOLDBERG: PSICOPATÍA Y BLOQUEO DEL ARREPENTIMIENTO

5.1 La PCL-R y la configuración clínica del personaje

Robert Hare desarrolló la Escala de Psicopatía Revisada (PCL-R) como instrumento de evaluación clínica (Hare, 1993). La escala contempla veinte ítems distribuidos en dos factores principales. El Factor 1 agrupa los rasgos interpersonales y afectivos: encanto superficial, sentido grandioso de autovaloración, tendencia patológica a la mentira, manipulación, ausencia de remordimiento o

culpa, afecto superficial, insensibilidad afectiva, falta de empatía y falla en asumir responsabilidad por los propios actos. El Factor 2 agrupa los rasgos conductuales: necesidad de estimulación, estilo de vida parasitario, pobre control conductual, impulsividad, irresponsabilidad y versatilidad criminal. Una puntuación de 30 o más sobre 40 es generalmente considerada diagnóstica de psicopatía (Hare, 2003). Joe Goldberg presenta una configuración específica y filosóficamente decisiva: alto en el Factor 1, moderado en el Factor 2. Esa combinación produce un individuo capaz de funcionar con relativa estabilidad en el entorno social, sostener vínculos aparentemente afectivos y eludir la detección durante períodos prolongados, pero que carece de manera estructural de los recursos morales internos que la resocialización exige. La psicóloga clínica Dannielle Smith ha señalado que Joe ilustra cómo ciertos trastornos de personalidad se vuelven especialmente peligrosos cuando no son detectados ni tratados: el individuo desarrolla una capacidad sofisticada para enmascarar sus déficits dentro de vínculos que, vistos desde afuera, parecen completamente normales (Smith, 2025).

5.2 Encanto, manipulación y ausencia de culpa auténtica

El encanto superficial de Joe no es simpatía genuina ni capacidad real de conexión con el otro: es una habilidad instrumental. Joe aprende a decir lo que cada persona necesita escuchar, identifica las vulnerabilidades emocionales de quienes le rodean y las usa para crear vínculos. La ausencia de remordimiento genuino es quizás el elemento más definitorio de su perfil para los propósitos de este análisis. El personaje experimenta algo que podría confundirse con culpa: hay momentos en que parece perturbado por lo que ha hecho, momentos en que intenta detenerse. Pero un examen más cuidadoso revela que esa perturbación no es arrepentimiento en ningún sentido filosófico ni clínico. Es incomodidad narcisista: Joe no se siente mal por el daño causado a la víctima, sino por la disonancia entre sus acciones y la imagen que tiene de sí mismo como buena persona. En cuanto esa disonancia se resuelve mediante la reinterpretación narrativa del acto, el malestar desaparece. No queda residuo moral. No hay reconocimiento de que el otro era real, valioso e independiente de los propósitos de Joe.

5.3 La estructura justificativa como bloqueo del reproche penal

Lo que hace del caso de Joe Goldberg un problema filosófico de primera magnitud no es la cantidad de sus crímenes ni su naturaleza, sino la estructura del razonamiento que los acompaña. Joe no

actúa desde la irracionalidad ni desde el impulso: actúa con perfecta lucidez y construye, para cada acto, una justificación que lo convierte en necesario o incluso en moralmente positivo. Esto no es hipocresía en el sentido ordinario del término, porque en la hipocresía el sujeto sabe que está haciendo algo que él mismo reconoce como malo. En Joe, la reinterpretación es genuina: en el momento de actuar, él realmente cree que lo que hace es correcto. Esa estructura tiene un nombre en la clínica psiquiátrica: neutralización cognitiva. El individuo no niega la materialidad del acto, sino que reencuadra su significado moral de una manera que elimina el reproche. Las técnicas más frecuentes en el perfil de Joe incluyen la apelación a propósitos superiores —actué por amor, actué para protegerla—, la negación de la víctima —ella se lo buscó— y la comparación ventajosa —hay gente que hace cosas mucho peores por razones mucho menos nobles—. Cada una de estas operaciones bloquea un paso distinto del proceso que llevaría al arrepentimiento genuino: el reconocimiento del daño, la atribución de responsabilidad y la valoración del acto como injustificado. Desde la perspectiva tomista, esto es precisamente la perturbación de la *recta ratio*: la razón práctica de Joe funciona con perfección en el plano instrumental, pero está profundamente comprometida en el plano del reconocimiento del bien del otro como fin en sí mismo.

5.4 La instrumentalización del otro: negación práctica del imperativo kantiano

Las víctimas de Joe son, sin excepción, instrumentalizadas en el sentido técnico preciso que el imperativo categórico kantiano prohíbe: tratadas exclusivamente como medios para sus propósitos, nunca como fines en sí mismas. Cuando cualquier figura de la serie deja de ser útil para la narrativa que Joe construye sobre sí mismo —cuando se convierte en un obstáculo o simplemente deja de coincidir con la imagen idealizada que él proyectó desde el principio— deja de tener valor. No es que Joe decida instrumentalizar a las personas; es que no tiene la capacidad de relacionarse con ellas de otra manera. La distinción entre empatía cognitiva y empatía afectiva es crucial para el problema de la resocialización. Joe posee empatía cognitiva sofisticada: puede predecir cómo se sentirán las personas y utilizar esas predicciones en su beneficio. Lo que está ausente es la empatía afectiva: la experiencia que transforma la comprensión del otro en cuidado genuino. La resocialización no requiere únicamente que el condenado entienda intelectualmente que sus actos causaron daño; requiere que ese entendimiento produzca una reorientación afectiva y volitiva que lo lleve a comprometerse de manera genuina con no volver a causarlo.

El primero de esos requisitos Joe puede cumplirlo. El segundo está fuera de su alcance estructural. Puede aprender a decir las palabras correctas, completar los programas, exhibir los comportamientos esperados en un entorno penitenciario. Pero todo ello sería simulación, no transformación. Y la resocialización, en su sentido filosófico y jurídico más profundo, exige transformación, no simulación.

VI. LA RESOCIALIZACIÓN COMO FICCIÓN JURÍDICA NECESARIA

6.1 Por qué el derecho no puede renunciar a la resocialización

La acumulación de argumentos filosóficos, clínicos y jurídicos presentada podría llevar a una conclusión tentadora pero insostenible: si la resocialización es materialmente imposible en ciertos casos, el derecho debería reconocerlo y orientar la pena hacia la simple neutralización del sujeto peligroso. Esa conclusión debe rechazarse, y las razones operan en varios niveles. En el nivel iusnaturalista, una pena que renuncia a la posibilidad de restauración moral del condenado contradice el principio que da sentido al castigo en el ordenamiento jurídico: el reconocimiento de que el delincuente es un ser humano cuya dignidad no se extingue con su acto. Aquino insistía en que incluso la pena más severa debe estar orientada, en última instancia, al bien del condenado y de la comunidad. Una pena que abandonara explícitamente la posibilidad de transformación lo trataría como una cosa peligrosa que debe ser contenida, no como una persona que puede ser recuperada. En el nivel constitucional colombiano el argumento es igualmente contundente: el Estado social de derecho fundado en la dignidad humana no admite una lógica de descarte de personas. Permitir que el sistema declarara oficialmente que ciertos individuos son irresocializables y merecen una pena orientada exclusivamente a la neutralización abriría una puerta que el constituyente deliberadamente cerró: la de la pena como instrumento de exclusión permanente de quienes se perciben como peligrosos irreversibles. En el nivel filosófico más general hay un argumento adicional que no puede pasarse por alto: el derecho, en la tradición iusnaturalista, no opera únicamente sobre la realidad tal como es, sino también sobre la realidad tal como debe ser. Las ficciones jurídicas — entendidas como ideales normativos que el sistema sostiene aunque no siempre se realicen plenamente en los casos concretos — no son debilidades del sistema, sino expresiones de su compromiso con valores que trascienden los casos individuales.

6.2 La ficción jurídica necesaria: estructura y consecuencias

La resocialización opera, en casos como el descrito, como una ficción jurídica necesaria. Conviene ser exactos sobre qué significa esta categoría: no es una mentira que el derecho se dice a sí mismo ni una ilusión cómoda para no enfrentar sus fracasos. Es un ideal normativo que el sistema debe sostener porque sin él traicionaría sus fundamentos, pero que en ciertos casos la realidad psicológica del condenado le impide realizar en su sentido pleno. En términos de Bobbio, la ficción opera desde la eficacia sin comprometer la validez ni la justicia: el sistema no renuncia al ideal, pero tampoco puede actuar como si ese ideal se realizara de manera uniforme en todos los casos. Desde Forst, es el reconocimiento de que hay sujetos para quienes el diálogo justificativo que la resocialización presupone es imposible de antemano, sin que ello autorice al derecho a tratarlos de manera menos que humana.

Las consecuencias prácticas deben delimitarse con cuidado. Primera: el sistema judicial debe desarrollar criterios más precisos para distinguir entre la simulación del proceso resocializador y la transformación genuina; en individuos con rasgos psicopáticos severos, indicadores como el buen comportamiento penitenciario, la participación en programas o las declaraciones de remordimiento son insuficientes e incluso engañosos. Segunda: la imposibilidad de la resocialización no autoriza abandonar al sujeto como persona con derechos; la misma dignidad que fundamenta el mandato resocializador fundamenta el deber de tratarlo de manera compatible con su humanidad. Tercera: el derecho debe poder reconocer que impuso la pena justa, creó todas las condiciones para la transformación y mantuvo el ideal como horizonte normativo, y aun así no pudo garantizar que la transformación ocurriera. Ese reconocimiento no es una derrota del sistema penal; es la expresión de su lucidez filosófica.

6.3 El arrepentimiento como núcleo constitutivo de la resocialización

El análisis desarrollado permite formular con mayor precisión cuáles son los elementos constitutivos de la resocialización desde una perspectiva filosófico-jurídica. No son los programas de trabajo ni los talleres de formación ni los certificados de buena conducta, aunque todos puedan ser indicadores relevantes. Los elementos constitutivos son dos e inseparables: el arrepentimiento genuino y el compromiso de no repetición.

El arrepentimiento genuino, en el sentido filosófico construido a partir de Aquino, Kant y Finnis, tiene una estructura precisa. Requiere, primero, el reconocimiento del daño causado como real: no como consecuencia involuntaria de una buena intención mal ejecutada, no como un daño que el otro se buscó o mereció, sino como algo que afectó a un ser humano con valor intrínseco. Requiere, segundo, la atribución de ese daño a la propia acción libre: no la externalización de la responsabilidad hacia las circunstancias, la víctima o el destino. Requiere, tercero, la valoración de ese daño como injustificado a la luz de un orden moral que el sujeto reconoce como vinculante: no simplemente ilegal, sino moralmente incorrecto, contrario al bien que el otro merece.

El compromiso de no repetición es la dimensión prospectiva que el arrepentimiento exige. No es una promesa verbal ni la ausencia de conductas regresivas durante el período de evaluación: es la manifestación de que la relación del sujeto con sus propios actos ha cambiado de manera suficientemente profunda como para que la repetición haya dejado de ser una opción que considere. Para un psicópata, ambas están ausentes.

VII. CONCLUSIONES

El recorrido filosófico, jurídico y clínico de este trabajo permite formular las siguientes conclusiones de manera directa.

Primera. La resocialización es un fin jurídicamente válido y filosóficamente fundado en el ordenamiento colombiano. Su raíz iusnaturalista, desde la *poena ut medicina* de Tomás de Aquino hasta el reconocimiento kantiano de la dignidad del agente moral, le otorga una solidez conceptual que no puede cuestionarse mediante argumentos empíricos sobre su eficacia en casos particulares. Que la resocialización no funcione en todos los casos no es un argumento contra su valor normativo como ideal; es el reconocimiento de que ningún ideal jurídico se realiza de manera universal.

Segunda. Su legitimidad material no puede sostenerse de forma absoluta en todos los casos concretos. La tradición iusnaturalista que la fundamenta reconoce también sus condiciones de posibilidad: la capacidad del individuo para reconocer el daño causado como injustificado y para reorientar su voluntad conforme a un orden moral que considera vinculante. Cuando esas condiciones están estructuralmente ausentes —como ocurre en sujetos con psicopatía severa—, la resocialización enfrenta un obstáculo que ningún programa, tratamiento o norma jurídica puede

superar desde afuera.

Tercera. El arrepentimiento genuino —entendido como reconocimiento del daño, atribución de responsabilidad y valoración del acto como injustificado a la luz de un orden moral reconocido como vinculante— es la condición de posibilidad de la resocialización en su sentido más profundo. No como exigencia emocional ni como requisito de humillación pública, sino como el indicador de que el sujeto ha establecido una relación normativa real con sus propios actos. La psicopatía bloquea esta condición de manera estructural: no como elección, sino como incapacidad constitutiva.

Cuarta. Joe Goldberg es el arquetipo exacto del sujeto que pone en crisis los fundamentos del ideal resocializador. No por la magnitud de sus crímenes, sino por la estructura filosófica y psicológica que los sustenta: imputabilidad plena, comprensión de la ilicitud, integración de cada acto en una narrativa de autojustificación y ausencia estructural del reconocimiento del otro como fin en sí mismo. La serie lo muestra con coherencia: Joe repite el mismo patrón en cada temporada, en cada ciudad, con cada nueva víctima. No aprende en el sentido moral del término porque no puede aprender en ese sentido.

Quinta. La resocialización opera, en casos como el descrito, como una ficción jurídica necesaria. No es mentira del sistema: es la determinación del derecho de mantener el ideal resocializador como horizonte normativo, porque sin él el sistema traicionaría los principios de dignidad humana que lo fundamentan. Es también el reconocimiento honesto de que ese horizonte no siempre puede alcanzarse.

Sexta y final. El derecho penal tiene un límite estructural que ninguna norma puede superar por sí sola: el límite de la conciencia del individuo. El sistema puede imponer sanciones, crear condiciones favorables para el cambio, sostener el ideal resocializador y evaluar con rigor los indicadores de transformación. Pero no puede producir la transformación moral interna de quien carece de la capacidad de realizarla. Frente a individuos como Joe Goldberg, el derecho penal llega hasta la puerta de la conciencia del sujeto y no puede franquearla. La resocialización, en esos casos, es el nombre de una promesa que el derecho está obligado a hacer, que la filosofía exige mantener y que la realidad del condenado, desafortunadamente, le impide cumplir.

NOTA

¹ Declaración de uso de inteligencia artificial. Los autores declaran que se utilizaron herramientas de inteligencia artificial generativa con el siguiente alcance: (i) apoyo en la revisión de estilo y en la organización estructural de algunas secciones; (ii) verificación del cumplimiento de las normas editoriales de la revista y normalización de las referencias y citas conforme a APA 7; y (iii) identificación y supresión de pasajes redundantes para ajustar la extensión del texto. La tesis central, el desarrollo argumentativo, la selección de fuentes, el análisis y las conclusiones son de autoría intelectual exclusiva de los autores, quienes revisaron y aprobaron la versión final.

REFERENCIAS

- Aquino, T. de. (2001). *Suma teológica* (Trad. de varios autores). Biblioteca de Autores Cristianos. (Obra original del siglo XIII).
- Bobbio, N. (1993). *Teoría general del derecho*. Temis.
- Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional No. 116.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000. Código Penal*. Diario Oficial No. 44.097.
- Finnis, J. (1980). *Natural law and natural rights*. Oxford University Press.
- Forst, R. (2012). *The right to justification: Elements of a constructivist theory of justice*. Columbia University Press.
- Gamble, S., y Berg, G. (Creadores). (2018). *You* [Serie televisiva]. Alloy Entertainment; A+E Studios; Warner Bros. Television.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Hare, R. D. (1993). *Without conscience: The disturbing world of the psychopaths among us*. Pocket Books.
- Hare, R. D. (2003). *Manual for the Hare Psychopathy Checklist-Revised* (2.^a ed.). Multi-Health Systems.
- Hare, R. D., y Neumann, C. S. (2008). Psychopathy as a clinical and empirical construct. *Annual Review of Clinical Psychology*, 4, 217–246. <https://doi.org/10.1146/annurev.clinpsy.3.022806.091452>
- Harris, G. T., Rice, M. E., y Cormier, C. A. (1991). Psychopathy and violent recidivism. *Law and Human Behavior*, 15(6), 625–637.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres* (Trad. A. Cortina y J. Conill). Tecnos. (Obra original de 1797).

Kant, I. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Trad. M. García Morente). Encuentro. (Obra original de 1785).

Rice, M. E., Harris, G. T., y Cormier, C. A. (1992). An evaluation of a maximum security therapeutic community for psychopaths and other mentally disordered offenders. *Law and Human Behavior*, 16(4), 399–412.

Smith, D. (2025, 28 de abril). Psychologist reveals what they would actually diagnose Joe Goldberg with. *Tyla*. <https://www.tyla.com/entertainment/netflix/you-netflix-season-five-reviews-joe-goldberg-diagnosis-psychologist-877570-20250428>

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

El costo de la progresividad: salario mínimo y vivienda de interés social en tensión constitucional

The cost of progressivity: minimum wage and social housing in constitutional tension

Salomé Cano Castillo
salomecano@uninorte.edu.co

Gabriela Grecco Charris
gagrecco@uninorte.edu.co

Valentina Pérez Ramírez
valentinape@uninorte.edu.co

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

RESUMEN

El presente artículo analiza cómo la indexación de la vivienda de interés social (VIS) al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) afecta el acceso efectivo al derecho a la vivienda digna en Colombia. Mediante un enfoque cualitativo-jurídico, el estudio combina el análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, complementado con una encuesta ilustrativa a veinte hogares de Barranquilla, y examina cómo el aumento del 23 % del salario mínimo para 2026 afecta el precio máximo de la VIS frente a los principios de progresividad y no regresividad desarrollados por la Corte Constitucional.

PALABRAS CLAVE

Indexación; vivienda de interés social; salario mínimo legal mensual vigente; progresividad; regresividad.

ABSTRACT

This article analyses how indexing social housing (VIS) prices to the current legal monthly minimum wage (SMLMV) affects effective access to the right to decent housing in Colombia. Using a qualitative legal approach, the study combines normative, case-law and doctrinal analysis, complemented by an illustrative survey of twenty households in Barranquilla, and examines how the 23 % increase in the minimum wage for 2026 affects the maximum price of social housing in light of the principles of progressivity and non-regression developed by the Constitutional Court.

KEYWORDS

Indexation; social housing; legal minimum wage; progressivity; regression.

ORIGEN DEL TEXTO

Artículo derivado de una investigación propia de las autoras: en su versión original no corresponde a trabajo de grado ni a proyecto de aula.

USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Se utilizó la herramienta de inteligencia artificial generativa Gemini (Google) exclusivamente para la realización de cálculos estadísticos, la elaboración de la representación gráfica de los datos comparativos y el ajuste de extensión, sin intervención en la redacción, el análisis ni las conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Colombia es un Estado social y democrático de derecho que reconoce el derecho a la vivienda digna en el artículo 51 de la Constitución Política, el cual impone al Estado la obligación de promover condiciones que permitan su acceso progresivo, especialmente para los sectores más vulnerables. Por lo tanto, la vivienda de interés social (VIS) no se configura como un privilegio, sino como uno de los principales instrumentos de política pública orientados a materializar este derecho, mediante esquemas de financiación, subsidios y regulación de precios que buscan facilitar el acceso a una vivienda digna. Sin embargo, cuando los incrementos del salario mínimo no obedecen solo a la inflación, sino a decisiones de política económica, el ajuste eleva simultáneamente el ingreso del salario y el precio de la vivienda de interés social, lo que puede afectar el acceso real de los hogares más vulnerables.

Este artículo propone responder: ¿en qué medida la indexación de la VIS al SMLMV contribuye efectivamente a garantizar el derecho a la vivienda digna en el Estado social de derecho colombiano, y qué tensiones genera frente a los principios de progresividad y no regresividad, particularmente tras el incremento del salario mínimo en 2026? El objetivo general es evaluar, desde una perspectiva dogmático-constitucional, si dicha indexación cumple su función de garantía a la luz de esos principios, mediante la reconstrucción del marco normativo, el análisis de la línea jurisprudencial pertinente y la aplicación del test de progresividad y no regresividad al incremento de 2026. La hipótesis sostiene que, aunque la indexación busca proteger el acceso a la vivienda, en contextos de incrementos salariales atípicos puede producir efectos regresivos.

Metodológicamente, el artículo combina un enfoque cualitativo-jurídico con evidencia empírica primaria: una encuesta ilustrativa aplicada a veinte hogares del área metropolitana de Barranquilla

en el primer trimestre de 2026, cuyos resultados, dado el tamaño reducido de la muestra, no son generalizables, pero permiten ilustrar con casos concretos las barreras de acceso.

El desarrollo se organiza en tres partes: en primer lugar, el marco constitucional y legal de la VIS; en segundo lugar, la relación entre el salario mínimo y el acceso a la vivienda y los efectos ocasionados; y, finalmente, el análisis de las tensiones del mecanismo de indexación frente a los principios de progresividad y no regresividad, junto con las conclusiones derivadas del estudio.

1. MARCO TEÓRICO

El marco teórico presenta dos perspectivas académicas complementarias para analizar cómo la indexación del precio de la vivienda de interés social al salario mínimo legal mensual vigente afecta el acceso al derecho a una vivienda digna en Colombia: el enfoque de las capacidades de Amartya Sen y la teoría de la exigibilidad de los derechos sociales, defendida por Víctor Abramovich y Christian Courtis. Estas teorías se entrelazan, ya que Sen explica por qué el acceso efectivo posee gran importancia como categoría de análisis autónoma, mientras que Abramovich y Courtis detallan cómo este acceso deviene una obligación legalmente exigible al Estado.

1.1 La perspectiva de las capacidades: Sen y la libertad real

Amartya Sen, en *Inequality reexamined* (1992) y *Development as freedom* (1999), propone evaluar el bienestar no por la tenencia de bienes, sino por las capacidades reales de las personas para alcanzar una vida que valoren. Distingue entre funcionamientos —los estados y logros efectivamente alcanzados, como habitar una vivienda digna— y capacidades —el conjunto de opciones reales disponibles para lograrlo—. Esta distinción es clave: que una política de VIS exista en la ley no garantiza que los hogares vulnerables puedan efectivamente acceder a ella. Sen critica, además, el «fetichismo de los bienes», esto es, evaluar las políticas por los recursos que movilizan y no por si las personas pueden convertirlos en logros tangibles. Bajo este criterio, una medida es regresiva cuando disminuye las capacidades reales de acceso, aunque formalmente amplíe la oferta o el monto disponible, como puede ocurrir cuando el incremento del SMLMV eleva el tope de precio de la VIS sin que mejore la capacidad adquisitiva real de los hogares más vulnerables.

1.2 La exigibilidad de los derechos sociales: Abramovich y Courtis

Abramovich y Courtis sostienen que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son derechos plenos, con obligaciones estatales claras y responsabilidad judicial, y no solo aspiraciones programáticas. También adoptan la noción de progresividad establecida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que forma parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Constitución: el Estado debe avanzar siempre hacia la plena efectividad de los DESC hasta el máximo de los recursos disponibles. De allí se deriva la prohibición de regresividad: cualquier acción que reduzca el nivel de protección alcanzado es inconstitucional, a menos que el Estado demuestre que la adoptó tras considerar las alternativas disponibles, con el máximo uso de recursos y sin afectar el contenido mínimo del derecho. Ambas perspectivas convergen en un criterio común de evaluación: si la indexación de la VIS al SMLMV perjudica la capacidad real de los hogares más vulnerables para obtener vivienda (Sen) y si ello constituye una medida regresiva en términos de la Constitución colombiana y de las obligaciones internacionales (Abramovich y Courtis).

2. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL EN COLOMBIA

2.1 El derecho a la vivienda digna en la Constitución Política de 1991

El derecho a la vivienda se encuentra consagrado en la Constitución Política de Colombia dentro del catálogo de derechos económicos y sociales, que le asigna un contenido jurídico exigible e impone al Estado las obligaciones necesarias para materializarlo:

Todos los colombianos tienen derecho a una vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, ART. 51 (7 DE JULIO DE 1991)

La noción de vivienda digna es desarrollada por la Corte Constitucional colombiana con base en los estándares establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 4, que advierte que, a pesar del reconocimiento universal del derecho a una vivienda adecuada, la falta de vivienda y la vivienda de baja calidad siguen siendo problemas prevalentes tanto en los países en desarrollo como en las economías avanzadas (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1991). En esta perspectiva, la vivienda digna no se refiere solo a una casa, sino también a la seguridad jurídica de la tenencia, la

disponibilidad de servicios e infraestructura, la asequibilidad económica, la habitabilidad, la adecuación cultural y una ubicación que permita el acceso al trabajo, la salud y la educación.

FASE 1 · 1995	FASE 2 · 2007-2016	FASE 3 · 2021-2023
Derecho prestacional La Corte niega el carácter fundamental del derecho por su contenido prestacional; se protege por tutela solo mediante conexidad con la vida o la dignidad (T-021 y T-495 de 1995).	Superación de la conexidad La T-016 de 2007 afirma que el carácter fundamental no depende de la forma de efectivización, sino de los bienes jurídicos protegidos; la T-433 de 2016 define la vivienda digna como el sitio donde se desarrolla el proyecto de vida.	Derecho fundamental autónomo La C-191 de 2021 lo consolida como derecho fundamental autónomo de contenido prestacional con cuatro obligaciones estatales; la T-251 de 2023 distingue su dimensión progresiva de sus contenidos mínimos de cumplimiento inmediato.

Figura 1. Fases del derecho a la vivienda en la jurisprudencia constitucional colombiana. Elaboración propia.

La evolución jurisprudencial sintetizada en la figura 1 muestra tres fases. Inicialmente, la Corte negó el carácter fundamental del derecho por su contenido prestacional, protegiéndolo por tutela solo mediante conexidad con derechos como la vida o la dignidad (sentencias T-021 y T-495 de 1995). En una segunda fase incorporó la teoría de la conexidad, superada con la Sentencia T-016 de 2007, al afirmar que el carácter fundamental de un derecho no depende de su forma de efectivización, sino de los bienes jurídicos que protege; la Sentencia T-433 de 2016 consolidó este tránsito al definir la vivienda digna como el sitio que permite desarrollar con dignidad el proyecto de vida.

Finalmente, la Sentencia C-191 de 2021 consolidó el derecho a la vivienda digna como derecho fundamental autónomo de contenido prestacional, con cuatro obligaciones estatales: (i) diseñar planes con énfasis en sectores vulnerables; (ii) brindar asesoría sobre los trámites de acceso; (iii) eliminar barreras de acceso; y (iv) proveer soluciones asequibles y jurídicamente protegidas. La Sentencia T-251 de 2023 precisó que esta exigibilidad tiene una dimensión progresiva, de materialización gradual, y otra de cumplimiento inmediato sobre los contenidos mínimos esenciales.

2.2 La vivienda de interés social

La vivienda de interés social es el principal instrumento mediante el cual el Estado materializa el artículo 51 constitucional. El artículo 91 de la Ley 388 de 1997 la define como aquellas viviendas desarrolladas para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos, cuyo tipo y precio máximo fija el Gobierno nacional en cada Plan Nacional de Desarrollo (Ley 388, 1997, art. 91). Es decir, la VIS no constituye una categoría comercial o técnica del mercado inmobiliario, sino una categoría de carácter constitucional directo cuya finalidad es garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos. Su funcionamiento se apoya en tres pilares: la regulación de precios máximos; el subsidio familiar de vivienda (Ley 3 de 1991, art. 6), que reduce la brecha entre precio y capacidad de ahorro; y la financiación a largo plazo para cubrir la porción que el subsidio no alcanza, todo bajo la rectoría del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, creado junto con el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social.

2.3 La base legal del sistema y la indexación al salario mínimo

El punto central del análisis es la técnica de indexación, que permite fijar los precios máximos de la VIS según el SMLMV: el artículo 91 de la Ley 388 de 1997 establece el tope en unidades de salario mínimo y no en pesos, convirtiendo al SMLMV en la unidad de medida del sistema. El Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 (Ley 2294 de 2023, art. 293) reafirmó el tope de 135 SMLMV, con una excepción de 150 SMLMV para ciudades grandes.

El método de indexación destaca por su dinamismo: se actualiza automáticamente cada vez que el Gobierno decreta el nuevo SMLMV, sin necesidad de modificación legal. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-385 de 2022, declaró exequible el mecanismo por considerar que un valor máximo para la VIS garantiza que los recursos requeridos sean proporcionales a la capacidad de pago de los destinatarios, funcionando como estabilizador frente a la inflación. Sin embargo, este modelo falla estructuralmente cuando los aumentos del salario mínimo obedecen a decisiones de política y no solo a la inflación, como ocurrió con el incremento cercano al 23 % para 2026, cuyo impacto compromete la materialización del derecho.

3. EL SALARIO MÍNIMO Y EL ACCESO REAL A LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL

Luego de analizar los pilares que consagran estos derechos, es necesario responder si el sistema cumple su función constitucional en la práctica: ¿el aumento del salario mínimo realmente ayuda a las familias a acceder a una vivienda o dificulta su acceso?

3.1 Evolución del salario mínimo y brecha frente a la inflación

El sistema de indexación se construyó sobre una lógica de protección y proporcionalidad: si los ingresos de los hogares aumentan, el límite de precio de la vivienda a la que pueden acceder crece de la misma manera. Esa lógica funciona en contextos de estabilidad económica; pero cuando el precio de la vivienda indexada se encarece sin que la capacidad de pago real aumente al mismo ritmo —y las condiciones del crédito hipotecario no mejoran automáticamente con el ajuste salarial—, el mecanismo se invierte. En 2026 el Gobierno fijó el SMLMV en 1 750 905 pesos mediante el Decreto 1469 de 2025 (Gobierno Nacional, 2025), un aumento nominal del 23 %, el más alto en la historia reciente del país. El IPC cerró diciembre de 2025 en 5,10 % (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2026), de modo que la brecha de casi dieciocho puntos porcentuales entre salario e inflación explica por qué un mecanismo concebido para proteger a los hogares vulnerables terminó operando en su contra. En enero de 2026, el propio Ministerio de Vivienda publicó un proyecto de decreto para fijar los precios de la VIS en pesos y no en salarios mínimos, reconociendo que la indexación estaba produciendo el efecto contrario al previsto (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2026).

AÑO	SMLMV (COP)	Δ SMLMV (%)	IPC (%)	BRECHA (P. P.)	PRECIO MÁX. VIS 135 SMLMV (COP)	Δ VIS (%)
2020	877 803	6,07	1,61	4,46	118 503 405	—
2021	908 526	3,51	5,62	−2,11	122 651 010	3,51
2022	1 000 000	10,07	13,12	−3,05	135 000 000	10,07
2023	1 160 000	16,00	9,28	6,72	156 600 000	16,00
2024	1 300 000	12,07	5,20	6,87	175 500 000	12,07
2025	1 423 500	9,48	5,10	4,38	192 172 500	9,48
2026	1 750 905	23,00	5,10	17,90	236 372 175	23,00

Los datos muestran que esta no es una anomalía de un solo año: desde 2023 la brecha entre el aumento del SMLMV y la inflación ha sido persistentemente positiva, acumulando cerca de 36 puntos porcentuales de exceso salarial sobre el IPC en apenas cuatro años, lo que llevó el precio máximo de una VIS de 135 millones de pesos en 2022 a 236 millones en 2026: un encarecimiento de más de 101 millones que el sistema de subsidios no está en condiciones de absorber.

3.2 Capacidad de pago real: hallazgos de la encuesta

El concepto de asequibilidad fue incorporado a la jurisprudencia constitucional a través de la Observación General No. 4 del Comité DESC (ONU, 1991), que establece que los costos de vivienda no pueden ser tan elevados que impidan a un hogar cubrir sus demás necesidades. La Corte adoptó este criterio en la Sentencia T-585 de 2006, y la Sentencia SU-016 de 2021 precisó que opera como un umbral mínimo de cumplimiento inmediato, no meramente aspiracional.

Para evaluar el impacto del aumento del SMLMV en la calidad del acceso a la VIS se aplicó la encuesta mencionada en la introducción a veinte hogares de Barranquilla. El ejercicio combina estadística descriptiva —contrastada con el parámetro de endeudamiento hipotecario del 40 % establecido por el Decreto 0583 de 2025— con un análisis cualitativo sobre la percepción de asequibilidad, la experiencia crediticia y el acceso al programa Mi Casa Ya.

INDICADOR	GRUPO 1: SIN ACCESO A VIS	GRUPO 2: CON ACCESO A VIS
Ingreso neto familiar promedio	\$1 750 000 – \$2 800 000	\$2 900 000 – \$3 400 000
Porcentaje del ingreso destinado a vivienda	38 % – 45 % (arriendo)	38 % – 48 % (cuota hipotecaria)
Intentaron postularse a Mi Casa Ya	100 %	57 %
Plataforma suspendida o sin respuesta	62 %	38 %
Reportan dificultades para cubrir la canasta familiar	85 %	71 %
Reportan problemas estructurales en la vivienda	No aplica	71 %

Tabla 2. Principales indicadores financieros y habitacionales por grupo. Encuesta a hogares del área metropolitana de Barranquilla, primer trimestre de 2026. Elaboración propia.

Los resultados indican que hay dos grupos de hogares que, aunque viven experiencias diferentes, conducen a la misma conclusión: el sistema VIS no está cumpliendo su deber constitucional de garantizar una vivienda digna y asequible para los hogares de menores ingresos. El primer grupo (65 %) no pudo encontrar una solución habitacional bajo el esquema VIS: al solicitar crédito hipotecario fue rechazado por insuficiente capacidad de pago, sin respaldo estatal efectivo. El segundo grupo (35 %) accedió a la VIS, principalmente mediante créditos anteriores a los incrementos recientes del SMLMV, pero en condiciones habitacionales muy precarias: cinco de los siete hogares de este grupo describieron su vivienda como estructuralmente deficiente, con humedad permanente, instalaciones eléctricas sin mantenimiento, ventilación insuficiente y filtraciones que provocan problemas de salud en los menores. La cuota hipotecaria representa entre el 38 % y el 48 % de sus ingresos familiares netos mensuales, lo que restringe el presupuesto de alimentación y salud. Uno de los encuestados lo resume así: «tenemos nuestra propia casa, pero no tenemos los medios para arreglarla o comer bien». A la luz del estándar de asequibilidad, el segundo grupo prueba que el acceso a la VIS no equivale al goce del derecho: cuando la cuota hipotecaria afecta la capacidad del hogar para cubrir otras necesidades básicas y la vivienda no cumple un nivel mínimo de habitabilidad, el Estado incumple su deber de «preservar la efectividad de los derechos, por todos los medios a su disposición» (Abramovich y Courtis, 2002, p. 695).

3.3 El déficit habitacional como evidencia estructural

La Sentencia C-191 de 2021 detalla que entre las obligaciones del Estado está crear planes específicos para sectores vulnerables, que deben contrastarse con el déficit habitacional que se pretende reducir. La Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2025 del DANE mostró un déficit habitacional total del 25,6 %, en descenso desde el 26,8 % de 2024 y el 32,8 % de 2019, con un déficit cuantitativo del 6,3 % y cualitativo del 19,3 %. Esa disminución se explica principalmente por el automejoramiento de los hogares —el material de las paredes y la reducción del hacinamiento mitigable— y no por el mecanismo de indexación, de modo que no puede leerse como cumplimiento estatal de sus obligaciones (DANE, 2026).

TIPO DE DÉFICIT	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Déficit habitacional total (%)	32,8	31,4	31,0	30,4	28,9	26,8	25,6
Déficit cuantitativo (%)	8,2	8,0	7,5	7,3	6,8	6,8	6,3
Déficit cualitativo (%)	24,6	23,4	23,5	23,1	22,1	20,0	19,3

Tabla 3. Déficit habitacional total y por tipo, total nacional 2019-2025. Fuente: DANE, Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2025.

El economista urbano Pedro Abramo ha demostrado que, en contextos de alta exclusión habitacional, los hogares excluidos del mercado formal migran hacia mercados informales de suelo, de menor calidad y mayor costo en el largo plazo (Abramo, 2012). Cuando la indexación al SMLMV encarece la VIS y excluye a las familias más pobres del sistema formal, estas no desaparecen del problema habitacional: simplemente cambian de categoría estadística —del déficit cuantitativo al cualitativo— sin que su precariedad real mejore.

4. TENSIONES CONSTITUCIONALES DEL MECANISMO DE INDEXACIÓN

4.1 El principio de progresividad y la prohibición de regresividad

El principio de progresividad de los DESC tiene como fuente primaria el artículo 2.1 del PIDESC, que compromete a los Estados a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos; esta cláusula integra el bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Constitución.

La Corte ha determinado el alcance de este principio en múltiples pronunciamientos. En la Sentencia C-228 de 2011 sostuvo que, alcanzado un nivel de protección en derechos sociales, la

discrecionalidad del legislador para modificarlo se restringe, pues todo retroceso resulta incompatible con la Constitución. La Sentencia C-046 de 2018 reafirmó que progresividad y no regresividad, aunque separables, se interrelacionan: la primera habilita avanzar; la segunda prohíbe retroceder. Courtis (2006) señala que esta prohibición funciona como límite negativo a la discrecionalidad estatal: los Estados pueden optar entre distintas políticas para avanzar en los DESC, pero no adoptar medidas que vulneren los niveles de protección ya alcanzados. Uprimny Yepes y Guarnizo (2006) añaden que verificar si una medida es regresiva exige examinar sus efectos materiales sobre la población beneficiaria, pues una política puede ser formalmente neutral —o incluso progresiva— y, sin embargo, producir efectos regresivos sobre determinados grupos.

4.2 El test de no regresividad aplicado al mecanismo de indexación

El test de constitucionalidad de las medidas regresivas fue estructurado por la Corte en la Sentencia C-536 de 2012, que identificó tres elementos: (i) que la medida sea efectivamente regresiva; (ii) que no afecte los contenidos mínimos intangibles del derecho; y (iii) que esté constitucionalmente justificada —finalidad valiosa, idoneidad, necesidad, proporcionalidad costo-beneficio y análisis previo de alternativas—. Este juicio se desagrega en idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de forma análoga al test de igualdad. La aplicación de ese test al mecanismo de indexación de la VIS al SMLMV, en el escenario del incremento del 23 % decretado para 2026, arroja los resultados de la tabla 4.

CRITERIO	PREGUNTA DE CONTROL	RESULTADO	FUNDAMENTO
Finalidad	¿Busca un fin legítimo?	Cumple parcialmente	Coincide con el artículo 51 de la Constitución, pero cuando el ajuste salarial supera la inflación la protección no se traduce en efectos reales.
Conducencia	¿El medio conduce al fin perseguido?	No cumple	No evalúa la capacidad de pago real ni las condiciones del mercado hipotecario.
Necesidad	¿No existe alternativa menos regresiva?	No cumple	Existen alternativas menos lesivas: México indexa la vivienda social al INPC y Chile emplea la Unidad de Fomento, atada a la inflación real.
Contenido mínimo no afectado	¿Protege el núcleo esencial del derecho?	No cumple	Se afecta la asequibilidad, identificada como componente de exigibilidad inmediata del derecho a la vivienda digna (SU-016 de 2021).

CRITERIO	PREGUNTA DE CONTROL	RESULTADO	FUNDAMENTO
Proporcionalidad	¿El beneficio supera el costo social?	No cumple	El incremento del precio máximo de la VIS no se compensa con una mejora equivalente en el acceso real ni con un ajuste proporcional de los subsidios.

Tabla 4. Test de no regresividad aplicado al mecanismo de indexación. Fuentes: Corte Constitucional, sentencias C-228 de 2011 y C-536 de 2012; encuesta a hogares del área metropolitana de Barranquilla, primer trimestre de 2026; DANE, ECV 2025; Ministerio de Vivienda, proyecto de decreto de enero de 2026. Elaboración propia.

Los resultados revelan que el mecanismo no supera satisfactoriamente cuatro de los cinco criterios exigidos. El único que se cumple parcialmente es la finalidad constitucional: la indexación busca mantener la proporción entre ingreso y costo de vivienda, en línea con el artículo 51, aunque esa finalidad no se traduce en efectos reales cuando el ajuste salarial supera la inflación, como en 2026. La conducencia no se satisface porque la indexación automática no evalúa la capacidad de pago real ni las condiciones del crédito hipotecario. La necesidad tampoco, pues existen alternativas menos lesivas: México indexa la vivienda social al INPC, desvinculándola del salario mínimo (Comisión Nacional de Vivienda de México [CONAVI], 2020; Argüello Verbanaz y Cabrera Valencia, 2025), y Chile usa la Unidad de Fomento, atada a la inflación real.

El criterio de no afectación del contenido mínimo presenta la vulneración más grave, pues compromete la asequibilidad, identificada como contenido mínimo de cumplimiento inmediato en la Sentencia SU-016 de 2021. La proporcionalidad tampoco se satisface: el encarecimiento de la VIS descrito en el apartado 3.1 no se corresponde con una mejora equivalente en el acceso, ni el sistema de subsidios se ajustó en la misma proporción.

Sería inexacto reducir el problema a un episodio aislado de 2026: el salario mínimo ha crecido por encima de la inflación de forma ininterrumpida, acumulando cerca de 36 puntos porcentuales de exceso sobre el IPC en cuatro años, lo que configura una regresividad de facto. Courtis distingue entre regresividad normativa —modificación expresa de la regla— y regresividad de resultados —deterioro del goce efectivo sin cambio formal—, ambas inaceptables bajo el PIDESC (Courtis, 2006). En el caso de la VIS el ordenamiento no ha cambiado, pero el mecanismo produce una regresividad de resultados: el precio máximo sube automáticamente con cada incremento del salario mínimo, sin importar si mejora o no la capacidad real de pago de los hogares vulnerables. Ello

confirma, desde la perspectiva de Sen (1999), que una política pública no puede evaluarse solo por los recursos que moviliza, sino por la libertad real que genera.

CONCLUSIONES

Esta investigación se propuso responder si el mecanismo de indexación de la vivienda de interés social al salario mínimo legal mensual vigente cumple realmente su propósito de garantizar el derecho a la vivienda digna en el Estado social de derecho colombiano, o si genera afectaciones al chocar con los principios de progresividad y no regresividad que recoge el bloque de constitucionalidad.

El hallazgo central es que el mecanismo cumple la Constitución sin cumplir su espíritu: cada incremento salarial se traslada al tope de precio de la vivienda exactamente como lo ordena la norma, de manera que el Estado nunca deja de aplicar la ley, pero el resultado material es una vivienda cada vez más lejana para quien gana el salario que supuestamente la hace accesible. No hay aquí una entidad que actúe de mala fe ni una norma derogada: hay una política diseñada con una intención legítima —proteger el poder adquisitivo— que, aplicada mecánicamente, termina produciendo el efecto contrario al que la originó. Esa distancia entre cumplimiento formal y cumplimiento real quedó demostrada tanto en el plano jurisprudencial —el mecanismo supera solo uno de los cinco criterios del test de no regresividad de las sentencias C-536 de 2012 y C-228 de 2011— como en el plano empírico, con el 65 % de los hogares encuestados sin acceso a la VIS y el 35 % restante destinando hasta el 48 % de su ingreso a la vivienda.

El estudio reconoce como limitación que su muestra, tomada en el área metropolitana de Barranquilla, no permite generalizar a nivel nacional ni cubre la vivienda rural, por lo que sus conclusiones deben leerse como evidencia ilustrativa de un problema estructural y no como una medición exhaustiva de su magnitud. Se recomienda, en consecuencia, que el ajuste de los topes de la VIS se desligue del SMLMV y se vincule a costos reales de construcción, acompañado de un ajuste proporcional de subsidios, así como la realización de estudios de impacto previos a cualquier incremento salarial con efectos sobre la vivienda social. Al final, la progresividad de un derecho social no se agota en la existencia de una norma que lo desarrolle, sino en que el mecanismo que la ejecuta produzca, en la práctica, el resultado que la Constitución exige.

REFERENCIAS

- Abramo, P. (2012). La ciudad confusa: mercado y producción de la estructura urbana en las grandes metrópolis latinoamericanas. *EURE. Revista de Estudios Urbano Regionales*, 38(114). <https://doi.org/10.4067/S0250-71612012000200002>
- Abramovich, V., y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta.
- Argüello Verbanaz, S., y Cabrera Valencia, F. (2025). *La UF como mecanismo de precios: elementos para su análisis y experiencia internacional* (N.º SUP 148.077). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria.
- Comisión Nacional de Vivienda de México. (2020). *Programa institucional 2020-2024*. Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano. <https://www.gob.mx/conavi>
- Congreso de la República de Colombia. (1991, 15 de enero). *Ley 3 de 1991, por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n.º 39.631.
- Congreso de la República de Colombia. (1997, 18 de julio). *Ley 388 de 1997, por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 3 de 1991 y se dictan otras disposiciones* (art. 91). Diario Oficial n.º 43.091. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=339>
- Congreso de la República de Colombia. (2023, 19 de mayo). *Ley 2294 de 2023, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 «Colombia potencia mundial de la vida»* (art. 293). Diario Oficial n.º 52.415.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991, 7 de julio). Artículo 51.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995, 1 de febrero). *Sentencia T-021 de 1995* [M. P. Alejandro Martínez Caballero]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-021-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1995, 7 de noviembre). *Sentencia T-495 de 1995* [M. P. Vladimiro Naranjo Mesa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-495-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2006, 27 de julio). *Sentencia T-585 de 2006* [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-585-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2007, 22 de enero). *Sentencia T-016 de 2007* [M. P. Humberto Antonio Sierra Porto]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-016-07.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2011, 30 de marzo). *Sentencia C-228 de 2011* [M. P. Juan Carlos Henao Pérez]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-228-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2012, 11 de julio). *Sentencia C-536 de 2012* [M. P. Adriana María Guillén Arango]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-536-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016, 12 de agosto). *Sentencia T-433 de 2016* [M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-433-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia C-046 de 2018* [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-046-18.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 17 de junio). *Sentencia C-191 de 2021* [M. P. José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-191-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia SU-016 de 2021* [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/su016-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). *Sentencia C-385 de 2022* [M. P. Diana Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-385-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2023). *Sentencia T-251 de 2023* [M. P. Natalia Ángel Cabo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/t-251-23.htm>
- Courtis, C. (Comp.). (2006). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2026). *Boletín técnico: Índice de Precios al Consumidor (IPC), diciembre de 2025*. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2026). *Encuesta Nacional de Calidad de Vida (ECV) 2025*. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/salud/calidad-de-vida-ecv>
- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. (2026, 15 de enero). *El Gobierno nacional protege la estabilidad de precios de la VIS ante práctica de aumentos desproporcionados por alza del salario mínimo*. <https://minvivienda.gov.co/sala-de-prensa>
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 2.1. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Organización de las Naciones Unidas. (1991). *Observación General No. 4: el derecho a una vivienda adecuada*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sen, A. (1992). *Inequality reexamined*. Harvard University Press.

Sen, A. (1999). *Development as freedom*. Oxford University Press.

Uprimny Yepes, R., y Guarnizo, D. (2006, 30 de junio). *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*. DeJusticia. <https://www.dejusticia.org>

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

Democracia colombiana: ¿justa y válida, pero ineficaz? Análisis desde la filosofía del derecho

Is Democracy in Colombia Just and Valid but Ineffective? An Analysis from the Philosophy of Law Perspective

Daniel Felipe Marchena Acuña

Estudiante de IX semestre de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia
dfmarchena@uninorte.edu.co

RESUMEN

Este artículo analiza la democracia como un conjunto de reglas susceptible de ser evaluado mediante el juicio tripartito de Bobbio, en el contexto colombiano, con el propósito de determinar si puede considerarse eficaz. El análisis se apoya en tres referentes de la filosofía del derecho: el juicio tripartito de Bobbio, que evalúa toda norma en términos de justicia, validez y eficacia; la distinción entre democracia constitucional y democracia procedimental formulada por John Rawls; y la teoría de la autoridad de Joseph Raz. Se sostiene que la democracia colombiana es un modelo jurídicamente justo y formalmente válido, pero que carece aún de los medios coercitivos que aseguren su cumplimiento y, en consecuencia, de eficacia.

PALABRAS CLAVE

Democracia; Constitución; eficacia; autoridad; filosofía del derecho.

ABSTRACT

This article analyses democracy as a set of rules that can be assessed through Bobbio's tripartite judgement, in the Colombian context, in order to determine whether it can be considered effective. The analysis draws on three references from the philosophy of law: Bobbio's tripartite judgement, which assesses every norm in terms of justice, validity and efficacy; John Rawls's distinction between constitutional and procedural democracy; and Joseph Raz's theory of authority. It argues that Colombian democracy is a legally just and formally valid model, but that it still lacks the coercive means to ensure compliance and, consequently, efficacy.

KEYWORDS

Democracy; Constitution; efficacy; authority; philosophy of law.

ORIGEN DEL TEXTO

Producto del seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad del Norte.

USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El artículo fue elaborado con asistencia de inteligencia artificial únicamente en la búsqueda y organización de fuentes bibliográficas. No se utilizó IA generativa en ninguna etapa de la redacción, el análisis ni las conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Planteamiento del problema

Norberto Bobbio establece en su libro *Teoría general del derecho* (1992), capítulo II, «Justicia, validez y eficacia», que toda norma jurídica debe estar sometida a tres valoraciones: si es justa o injusta, si es válida o inválida y si es eficaz o ineficaz. De ellas se deducen los tres criterios con los que debe contar una norma, que se verifican en un juicio tripartito. Es justa si corresponde a los valores superiores que persigue el ordenamiento jurídico, es decir, el problema deontológico. Es válida si esa norma es una regla jurídica, para lo cual se requieren otras tres suboperaciones que permiten indicar que existe: determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para emitirla, si se encuentra vigente y si no es incompatible con otras de su mismo rango en el ordenamiento jurídico; a esto se le conoce como el problema ontológico. Por último —y es lo que aquí nos ocupa principalmente— está la eficacia, que se da cuando la norma es efectivamente cumplida por las personas a quienes se dirige y cuando, en caso de incumplimiento, se cuenta con los medios coercitivos de la autoridad para sancionar y obligar; a esto se le conoce como el problema fenomenológico. Estos criterios son independientes, por eso indica Bobbio que una norma puede tener uno o más de ellos, pero quizá no los tres. En uno de los supuestos que analiza señala que una norma puede ser justa sin ser eficaz, y válida sin ser eficaz. Para el caso de la norma válida pero no eficaz ponía como ejemplo la época de la prohibición en Estados Unidos durante la década de 1920, en la que la regla jurídica efectivamente existente no era cumplida por los ciudadanos. En cuanto a una norma justa pero no eficaz, no establecía un ejemplo. En este artículo propondremos que ese ejemplo puede ser la democracia en Colombia.

De lo anterior surge la pregunta problema: ¿es la democracia en Colombia, entendida como un conjunto de normas, justa y válida, pero no eficaz?

La democracia, para el contexto del presente artículo, se entiende como Bobbio la definió en *El futuro de la democracia* (1984/1985): un conjunto de reglas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos, y que se caracteriza, entre otras cosas, por tratar de otorgar ese poder a un gran número de personas. Así, sin entender la democracia como una norma aislada integrada en el ordenamiento jurídico colombiano, la perspectiva de Bobbio nos lleva a identificarla como un conjunto de reglas integradas a partir de la jurisprudencia, la Constitución y las leyes.

1.2 Justificación

Dar respuesta a esta pregunta permitiría entender por qué se dan problemáticas relacionadas eminentemente con el incumplimiento de este conjunto de reglas, como la desconfianza constitucional, la falta de legitimación del Estado en algunos territorios y la carencia de infraestructura para forzar el cumplimiento. No se pretende en este artículo dar una respuesta profunda a estos problemas, sino, como consecuencia de responder nuestra pregunta, otorgar mayor claridad para entender problemáticas sociales.

1.3 Propósito

Este conjunto de reglas que es la democracia requiere, en las categorías de Bobbio, eficacia: es decir, que se cuente con los medios coercitivos de la autoridad para hacerla valer. Aquí surge el propósito de este artículo, pues la democracia en Colombia, aunque efectivamente cumplida por la mayoría de las personas a quienes se dirige, carece todavía de la certeza de que posea el elemento eficaz. De esta forma, el trabajo se dirige a establecer, primero, que la democracia es un conjunto de reglas ineficaz en Colombia; segundo, la dicotomía entre democracia constitucional y procedimental en el caso colombiano; y, finalmente, a tratar el problema de la autoridad en relación con los anteriores conceptos.

1.4 Estructura del artículo

La estructura será la siguiente: primero se realizará una definición de los conceptos que consideramos relevantes —por un lado algunos conceptos misceláneos y, por el otro, conceptos filosóficos—, y lo mismo se hará con el concepto jurídico analizado. Luego de estas definiciones se entregará un análisis de las normas jurídicas que integrarían este conjunto de reglas que llamamos «democracia», para tener una primera impresión de su funcionamiento normativo, es decir, de los

derechos políticos y sus limitaciones, apuntando en ellas los defectos que, con base en noticias y fuentes verificadas, encontramos respecto de su incumplimiento. Así mismo, relacionaremos la democracia en Colombia con cada uno de los conceptos filosóficos definidos de Bobbio, Rawls y Raz, lo que contestará nuestra pregunta. Particularmente, en la relación con el concepto de Bobbio se utilizarán conceptos sobre eficacia normativa tomados de Reyes Villamizar y John Coffee, lo que nos permitirá llegar a la conclusión final con una reflexión.

2. DESARROLLO TEMÁTICO

2.1 Definición de conceptos misceláneos

Procedemos primero a la definición de conceptos misceláneos. En este punto, los únicos que consideramos relevante explicar para realizar el análisis planteado son los tipos de sistema de votación, los regímenes democráticos y las perspectivas de la democracia, pues si bien consideramos la democracia como un concepto jurídico definido a partir de un conjunto de reglas, es también cierto que posee elementos que deben ser comprendidos.

En ese sentido, los tipos de sistema de votación a lo largo de la historia han sido el voto censitario, que reducía el voto a ciertas calidades como el género y la capacidad económica; el voto capacitario, reservado a quienes tenían habilidades de lectoescritura; y, finalmente, el sufragio universal, que es el sistema que actualmente poseemos (Velásquez Turbay, 1998). En cuanto a los regímenes democráticos, han existido distintas categorías: por un lado, la democracia indirecta, que termina convirtiéndose en el sistema actual, el gobierno representativo, es decir, el sistema a través del cual el gobernado escoge a un gobernante y este, legitimado por el voto popular, actúa de acuerdo con el interés general; si su actuación no convence a quienes lo votaron, en las próximas elecciones se escoge a alguien diferente. Por otro lado está la democracia semidirecta, en donde el gobernado elige al gobernante pero se reserva funciones de gobierno (hoy solo se aplica en cantones suizos). La democracia directa es aquella en la que no hay gobernados ni gobernantes: hay un pueblo que ejerce la función pública (ibídem). Y, finalmente, las perspectivas de la democracia: desde una perspectiva económica, el marxismo la ve como un producto de la distribución igualitaria de los bienes, que eventualmente llega al comunismo, definido por Marx como una apropiación de los excedentes de producción a través del Estado; el capitalismo la mira como el régimen que permite la acumulación de capital y el respeto a la propiedad privada. Desde una perspectiva ética,

es un ideal de perfección, desarrollado por ilustrados y liberales en búsqueda del respeto a unos derechos mínimos y básicos (ibídem).

2.2 Definición de conceptos filosófico-jurídicos: análisis doctrinal

En cuanto a los conceptos filosóficos tenidos en cuenta para la investigación, definiremos principalmente el juicio tripartito de Bobbio, la democracia constitucional frente a la democracia procedimental en Rawls y el problema de la autoridad en Raz.

Primero, el juicio tripartito, explicado por Norberto Bobbio en *Teoría general del derecho*, capítulo II, somete toda norma jurídica a tres valoraciones —justicia, validez y eficacia—, de las que se deducen los tres criterios con los que debe contar una norma. Es justa si corresponde a los valores superiores que persigue el ordenamiento jurídico (problema deontológico). Es válida si es una regla jurídica, lo que exige verificar que la autoridad que la promulgó tuviera el poder legítimo para emitirla, que se encuentre vigente y que no sea incompatible con otras de su mismo rango (problema ontológico). Y es eficaz cuando es efectivamente cumplida por sus destinatarios y, en caso de incumplimiento, se cuenta con los medios coercitivos de la autoridad para sancionar y obligar (problema fenomenológico). Estos criterios son independientes: una norma puede reunir uno o más, pero quizá no los tres.

Segundo, la democracia constitucional frente a la procedimental en Rawls. Describe Rawls que existen diferencias entre ambas, pues en las democracias constitucionales —los regímenes constitucionales— debe haber leyes y estatutos consistentes con ciertos derechos y libertades fundamentales, y pone como ejemplo aquellos regímenes que contemplan el primer principio de justicia; esos derechos y libertades se encuentran compilados en una carta que será la Constitución (la misma que, como vimos en Bobbio, nos da la brújula de la justicia). En la democracia procedimental, en cambio, no hay límites constitucionales a la hora de legislar, pues no existe una carta de derechos y fundamentos: la única limitación son los procedimientos adecuados de la ley. Entre ambas, ¿cuál es preferible? Afirma Rawls que no es posible indicar *a priori* que una sea mejor que la otra, puesto que algunos doctrinantes sostienen que la democracia procedimental prescinde de una constitución porque la gente de esos regímenes no necesita una carta de derechos, pues ya los posee dentro de sí; por otro lado, esa posición desconoce que la naturaleza de los ideales podría permear a las personas de tal forma que no se respeten dichas libertades impregnadas en la razón

individual. Establece el autor que un asunto de este jaez se soluciona cuando, a través de la sociología jurídica, los pueblos se adaptan a las ideas constitucionales, a las libertades propias y de los otros; pero no solo con la exposición a la democracia constitucional, sino también con las garantías. Este es el punto clave, pues Rawls asigna el rol de garante de la democracia constitucional a los jueces constitucionales: con sus fallos pueden hacer que los demás interpreten cómo deben ser tratados los derechos y libertades del régimen constitucional, de manera que, si uno o varios jueces fallan de forma errada, lo afectado es la interpretación de la democracia constitucional que le darán las personas. De lo contrario, esta democracia es mucho más preferible a la procedimental (Rawls, 2001).

Finalmente, el problema de la autoridad en Raz (2009). Afirma el autor que uno de los problemas principales de la autoridad es subsumir la voluntad propia por aquella de otra persona, y que el error principal es creer que esto es así porque la ley lo indica, pues las obligaciones políticas van más allá de la ley: por ejemplo, obedecer porque eso convierte a alguien en buen ciudadano, o por razones morales. Establece que la comunidad política y la ley tienen poco en común y que el cumplimiento de la norma puede obedecer a una cantidad variopinta de motivaciones, ninguna relacionada con la norma; algunas de esas razones reducen el asunto a un problema de estabilidad y protección de intereses creados. Allí establece una relación entre los conceptos de autoridad, poder y derecho a la autoridad: puede haber autoridades con el poder de gobernar pero sin el derecho a hacerlo, a las que llama autoridades *de facto*, y autoridades que tienen el derecho a gobernar pero no el poder para hacerlo, o lo hacen de forma defectuosa, a las que llama autoridades de poder desnudo (*naked power*). Reconocer que existe un deber de obedecer, por las motivaciones que sean, implica reconocer que a quien hay que obedecer tiene un derecho a que se le obedezca. El problema de la autoridad, concluye Raz, radica en un problema conceptual, porque definirla implica tomar como ciertas concepciones subjetivas heredadas y negar que la autoridad tiene dos partes: una neutral, la que se utiliza para conceptuar, y otra subjetiva, la que viene de los antepasados. En general, obedecer no responde solo a mandamientos normativos, sino también a concepciones generales, a la moralidad, a la estabilidad y a la protección de intereses, entre muchas otras motivaciones. Por ello la autoridad aparece principalmente en el terreno normativo.

2.3 La democracia como conjunto de normas: análisis jurídico

Como indicamos previamente, la democracia es para Bobbio (1984) un conjunto de reglas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos, y que se caracteriza por tratar de otorgar ese poder a un gran número de personas.

Ese conjunto de reglas comprende los derechos políticos, que son principalmente dos —votar y ser votado—, pero que en Colombia se ampliaron en el artículo 40 de la Constitución Política, el cual consagra el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, incluyendo elegir y ser elegido, así como acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. A ellos se suman los mecanismos de participación previstos en el artículo 103 constitucional —el referendo, el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato, desarrollada por la Ley 1757 de 2015—; la creación de partidos políticos, de conformidad con los artículos 107 y 108; la acción pública de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 241 (respecto de leyes y decretos con fuerza de ley); la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, conforme al artículo 237, numeral 2 (respecto de decretos sin fuerza de ley); la participación en la consulta ciudadana del Plan Nacional de Desarrollo, de acuerdo con el artículo 339 y la Ley 152 de 1994; la participación en los planes de desarrollo locales, también en virtud de la Ley 152 de 1994; y la participación en la previsión social y en decisiones relacionadas con el consumo de bienes, en desarrollo del principio de participación ciudadana consagrado en los artículos 1, 2 y 270 de la Constitución.

Por otro lado, las limitaciones consisten en restringir esos derechos políticos a ciertas personas que le hacen daño a la democracia, o que por su posición no pueden ejercerla porque sería antidemocrático. Allí entran las calidades, las inhabilidades y las incompatibilidades para votar y ejercer cargos públicos, previstas en diversas normas constitucionales y legales, especialmente en los artículos 122, 126, 127, 179 y concordantes de la Constitución Política. Por ejemplo, en Colombia no votan los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, de conformidad con el artículo 219 de la Constitución, que establece que la Fuerza Pública no es deliberante ni puede ejercer la función del sufragio mientras permanezca en servicio activo; tampoco pueden votar las personas privadas de la libertad que se encuentren cumpliendo condena en firme, en virtud de la suspensión de derechos políticos establecida en el artículo 52 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

2.4 La democracia en relación con los conceptos teóricos de Bobbio

Nuestro propósito es relacionar directamente dicho conjunto de reglas con los conceptos de la filosofía del derecho propuestos por Norberto Bobbio. El sentido en el que la democracia colombiana refleja y ejemplifica este marco filosófico es muy claro, porque constituye la muestra de lo explicado por Bobbio: nuestra democracia es una norma que goza de total justicia y validez, pero que sufre de una grave ineficacia en la realidad material. Decimos que es «justa» porque su propósito va acorde con los valores de la sociedad, al buscar atenuar nuestras diferencias y garantizar la paz para no vivir en un estado de lucha constante; y sabemos que es «válida» porque fue promulgada por una autoridad legítima y sus reglas están plenamente vigentes en el ordenamiento colombiano, sin contradecirse formalmente.

Ahora bien, ¿cómo verificaremos la eficacia? En el texto *Principios para una reforma del derecho societario*, Reyes Villamizar (2025) establece que la importancia de la ejecución administrativa de las normas (*public enforcement*) «se puede verificar, a lo menos, a través de dos efectos importantes, cuya comprobación puede obtenerse por medio de experimentos suficientemente sólidos» (p. 15). El primero tiene que ver con la llamada prima de acatamiento y el segundo se conoce como efecto de evasión. Estos conceptos, tomados de la investigación de John Coffee titulada *Law and the market: the impact of enforcement*, se aplicaron al mercado público de valores norteamericano. Coffee concluyó, «a partir de datos empíricamente verificados, que un sistema jurídico caracterizado por una ejecución normativa intensa (*enforcement intensity*) estará en una mejor posición para atraer inversión extranjera directa y para lograr una mayor profundidad en su mercado de valores» (Coffee, citado en Reyes Villamizar, 2025). Coffee ha descrito este problema como una crisis de *underenforcement* y sostiene que la intensidad de la ejecución normativa estructura el comportamiento de los agentes.

En Colombia esa brecha se refleja en indicadores y noticias recientes. Un informe del World Justice Project ubicó al país en el puesto 95 de 143 en *rule of law* —22 de 32 en América Latina y el Caribe—, por debajo de Chile (35) y Uruguay (23), mientras Dinamarca encabeza el ranking mundial (World Justice Project, 2025). El mismo informe sitúa a Colombia en el puesto 120 de 143 en justicia penal, lo que refleja graves dificultades para sancionar conductas que afectan el orden constitucional y la integridad institucional. Asimismo, Freedom House (2025) reconoce a Colombia

como un país «libre», pero con una calificación de 70 sobre 100 y de 39 sobre 60 en derechos civiles. En contraste, países como Uruguay y Dinamarca presentan mayores niveles de efectividad institucional y ocupan posiciones significativamente superiores en los rankings internacionales, lo que demuestra que las transgresiones a la democracia son menos rentables cuando existen mecanismos de control independientes y sanciones consistentes. En consecuencia, podemos afirmar que existe una carencia de eficacia importante frente a la democracia.

Para ejemplificar lo anterior es menester mencionar casos concretos en los que este *underenforcement* se ha visto reflejado:

- La Misión de Observación Electoral advirtió desde su informe final sobre las elecciones locales de 2023 que, en algunos municipios, el control territorial ejercido por grupos armados es tan intenso que disminuye incluso la violencia visible contra liderazgos, porque pocas personas se atreven a ejercerlos, y que existe un importante subregistro de amenazas y actos de constreñimiento por temor a represalias (MOE, 2024).
- La Alerta Temprana Electoral 013-25 de la Defensoría del Pueblo identificó que los grupos armados pueden producir restricciones al ingreso de candidaturas, limitaciones a la asistencia a reuniones proselitistas y condicionamientos de las candidaturas a «autorizaciones» de los grupos, incluso mediante el pago de extorsiones. Además, documentó antecedentes de constreñimiento a comunidades para orientar el voto y advirtió que, en zonas donde economías ilegales como el narcotráfico y la minería ilícita se articulan con el control territorial, el dominio económico puede conectarse directamente con el control del poder político local (Defensoría del Pueblo, 2025).
- ACLED mostró que en 2024 aumentaron fenómenos como el confinamiento, el desplazamiento y las restricciones a la movilidad en territorios bajo disputa o consolidación armada, que el acceso a determinadas zonas se hizo crecientemente difícil y que, durante los primeros treinta meses del gobierno Petro, se registraron 258 incidentes en los que grupos armados atacaron a figuras políticas, un 71 % más que en el periodo comparable anterior (Breda, 2025).

Quiere decir lo anterior que la democracia colombiana, aunque entendida desde la estructura propuesta por Bobbio como jurídicamente reconocida y formalmente vigente, no deja de ser de una naturaleza tal que, al enfrentarse a la realidad material, deja múltiples escenarios en los que sus reglas no logran imponerse con la eficacia pretendida, degenerando así en fallas a la democracia y,

en suma, a la sociedad misma.

2.5 La democracia en relación con los conceptos teóricos de Raz

Si la democracia colombiana carece de eficacia en términos de Bobbio, ¿qué implicaciones tiene esto para la autoridad política según Raz? A falta de eficacia, ¿podría plantearse una falta de autoridad? Los resultados permiten indicar que existe una fractura entre autoridad y obediencia.

Esta fractura se refleja en datos empíricos recientes. El informe BTI 2026 reportó que solo el 22 % de los ciudadanos manifiesta confianza en el gobierno, el 17 % en el Congreso y el 23 % en la rama judicial, lo que evidencia una débil adhesión a las instituciones democráticas y revela que amplios sectores sociales interactúan con el Estado al margen de las reglas formales (Bertelsmann Stiftung, 2026, p. 17). De acuerdo con Raz, esto sugiere que muchas autoridades colombianas conservan el derecho constitucional a gobernar, pero carecen del grado de legitimación práctica necesario para inducir obediencia voluntaria, una situación que, aunque distinta en su definición, guarda similitud con lo que Raz llama *naked power*.

2.6 La democracia en relación con los conceptos teóricos de Rawls

Una democracia sin eficacia, en gran medida por la carencia de capacidad para forzar el cumplimiento normativo, ¿qué implicaciones tendrá en los regímenes constitucionales como el colombiano?

La experiencia colombiana ofrece evidencia de la importancia de este modelo. Según el Panel de Opinión 2025 de la firma Cifras y Conceptos, en la lista de confianza institucional se ubica en la cima el Banco de la República, con 82 puntos sobre 100; le siguen la Corte Constitucional (76) y la Corte Suprema de Justicia (74). Por otro lado, la Presidencia de la República apenas logró 41 puntos, menos que la Registraduría Nacional del Estado Civil (64) y el Consejo Nacional Electoral (52) (Infobae, 2025). Ello cobra total relevancia si se analiza que las altas cortes han cumplido la función que indicaba Rawls: proteger, a través de los fallos, el sentido de la democracia constitucional. Tenemos ejemplos como:

- Auto A082 de 2026 (Corte Constitucional): suspensión provisional del decreto que declaró el estado de emergencia económica y social.

- Sentencia C-038 de 2025 (Corte Constitucional): inexequibilidad del artículo 261 del Plan Nacional de Desarrollo por violación del principio de unidad de materia.
- Auto del 12 de febrero de 2026 (Consejo de Estado): suspensión provisional del decreto que fijó el salario mínimo legal para 2026.
- Auto del 28 de abril de 2026 (Consejo de Estado): suspensión provisional del Decreto 415 de 2025 sobre el traslado de recursos pensionales a Colpensiones.
- Sentencia SU-245 de 2025 (Corte Constitucional): unificación jurisprudencial sobre doble militancia política.
- Sentencia T-256 de 2025 (Corte Constitucional): protección de la libertad de expresión y del debido proceso en plataformas digitales.
- Sentencia T-335 de 2025 (Corte Constitucional): protección reforzada a personas en situación de riesgo.

Lo anterior permite concluir que, si bien existe una democracia que como conjunto de normas no es eficaz, y si bien la autoridad que debe ejercer el poder no posee el poder de facto sino algo más semejante a un *naked power*, es también cierto que, al tratarse de una democracia constitucional, el principal rol en el respeto a la Carta Magna —y por ende a la democracia— lo tiene el juez constitucional, o los jueces con funciones de revisión constitucional: en nuestro caso, la Corte Constitucional y algunos fallos de las altas cortes.

3. CONCLUSIÓN

El análisis desarrollado permite concluir que la democracia colombiana, entendida como el conjunto de reglas que determinan quién está autorizado para tomar decisiones colectivas y bajo qué procedimientos, cumple satisfactoriamente con dos de los tres criterios del juicio tripartito de Bobbio —es una institución jurídicamente justa y formalmente válida—, pero todavía presenta serias deficiencias en su eficacia. Es justa porque su diseño constitucional responde a valores superiores; sus reglas fueron incorporadas al ordenamiento jurídico por el constituyente de 1991 y se encuentran plenamente vigentes, con fundamento en autoridades legítimas y procedimientos constitucionalmente establecidos. Sin embargo, la eficacia, entendida como el cumplimiento real de las normas y la capacidad estatal de sancionar su incumplimiento, continúa siendo el punto más

débil del sistema democrático colombiano.

Lo analizado confirma esta conclusión. Los indicadores internacionales de Estado de derecho, confianza institucional y justicia penal muestran que Colombia mantiene importantes dificultades para prevenir y sancionar prácticas que distorsionan la competencia democrática. En términos de John Coffee, la democracia colombiana padece un problema de *underenforcement*: las reglas existen, pero su aplicación es irregular y, en muchos casos, insuficiente para alterar los incentivos de quienes obtienen beneficios del incumplimiento. Así, las infracciones a la democracia pueden resultar más rentables que el respeto a sus reglas (Coffee, 2007).

Desde la perspectiva de Joseph Raz, esta situación revela una discrepancia entre autoridad y obediencia. Las instituciones, aunque conservan el derecho jurídico a gobernar, no poseen el grado de legitimación práctica necesario para generar obediencia voluntaria y sostenida. El cumplimiento de las reglas democráticas depende entonces menos de una convicción compartida sobre el deber de obedecer y más de cálculos ligados a intereses particulares. La democracia es, en Colombia, cercana a lo que Raz denomina *naked power*.

No obstante, el estudio también demuestra que la democracia colombiana cuenta con un elemento de confianza en las altas cortes particularmente importante: su carácter de democracia constitucional. Conforme a la teoría de Rawls, en este tipo de regímenes corresponde a los jueces constitucionales preservar el contenido sustancial de los derechos y libertades fundamentales. Durante el período 2022-2026, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia ejercieron activamente esta función al suspender o anular normas y actos del poder público incompatibles con la Constitución.

Esta situación revela un problema más profundo que va más allá de las categorías técnicas: la existencia de dos realidades paralelas en el sistema jurídico colombiano, la realidad jurídica y la realidad real. A manera de reflexión, es importante tratar la particular relación de Colombia con las normas y ese paralelismo, pues hemos planteado las normas como una solución inmediata a los problemas de hombres y mujeres. La democracia de la Constitución de 1991 surge en un contexto de problemas por solucionar en grandes cantidades: la década más violenta de la historia del país, sus crímenes, sus instituciones afectadas, sin hablar de la constante creciente del narcotráfico y de

los índices de pobreza. De hecho, cuando se propuso la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Suprema de Justicia estuvo cerca de declarar inconstitucionales los decretos que la permitieron, puesto que, como estaban planteados, no tenían un fundamento jurídico para reformar la Constitución, según se observa en la Sentencia 59 del 24 de mayo de 1990 y en la número 138 del 9 de octubre de 1990. Fuera como fuera, resultaba necesaria su aprobación para encaminarnos hacia un nuevo tipo de Estado, más social pero sobre todo mucho más democrático; parte de la doctrina nombró ese documento como una declaración de voluntades. De esta forma asistimos juntos a una suerte de abundancia normativa que creó códigos, leyes y proyectos de ley, y dio forma a un nuevo tipo de Estado que, con sus constancias e ideas, no pudo entender que la creciente de problemas no se solucionaba solo con la imposición de normas separadas de la infraestructura para que se cumplieran. Por el contrario, lo que en Colombia terminamos de divisar es que, si de algo urgimos, es de una verdadera capacidad para verificar la ejecución de las normas y su cumplimiento en terrenos incorruptibles como la democracia. Poco a poco nos daremos cuenta de esto, dejando atrás una larga tradición normativa de producciones largas y costosas para la nación.

Vargas Llosa, en su ensayo *Historia de un deicidio* (1971), propuso una idea interesante respecto de la dicotomía entre realidades: el escritor se movería en dos grandes esferas, la de la realidad literaria y la de la realidad real. La realidad real es la cotidianidad particular, de acuerdo con los contextos y situaciones que acontecen en el día a día; la realidad literaria, en cambio, es una narración de hechos que podían ser reales o no, pero que constituían una realidad propia por existir en el plano físico y estar al acceso de todos. Si el autor toma elementos de la realidad literaria de otro autor, comete plagio; pero si lo hace de la realidad real, comete un deicidio: en últimas, asesinar a Dios y tomar su lugar en la creación de sucesos. Extrapolando el concepto, en Colombia nuestra dicotomía no es entre la realidad real y la realidad literaria, sino entre la realidad real y la realidad jurídica. El problema es que, a diferencia del escritor del que habla Vargas Llosa, el legislador colombiano, en cuanto a la democracia, parece moverse solo en la última: la jurídica.

REFERENCIAS

Bertelsmann Stiftung. (2026). *BTI 2026 country report: Colombia*. Bertelsmann Transformation Index.
<https://bti-project.org>

Bobbio, N. (1985). *El futuro de la democracia*. Plaza & Janés Editores. (Obra original publicada en 1984).

Bobbio, N. (1992). *Teoría general del derecho* (5.^a ed.). Editorial Temis.

Breda, T. (2025, 17 de febrero). *Civilians in Colombia face less deadly — but more pervasive — violence during Petro's presidency*. Armed Conflict Location & Event Data Project.
<https://acleddata.com/report/civilians-colombia-face-less-deadly-more-pervasive-violence-during-petros-presidency>

Coffee, J. C. (2007). *Law and the market: the impact of enforcement* (Columbia Law and Economics Working Paper No. 304). SSRN. <https://doi.org/10.2139/ssrn.967482>

Consejo de Estado de Colombia. (2026, 12 de febrero). *Auto de suspensión provisional del decreto que fijó el salario mínimo legal para 2026*. <https://www.consejodeestado.gov.co>

Consejo de Estado de Colombia. (2026, 28 de abril). *Auto de suspensión provisional del Decreto 415 de 2025*. <https://www.consejodeestado.gov.co>

Corte Constitucional de Colombia. (2025). *Sentencia C-038 de 2025*.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2025/C-038-25.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2025). *Sentencia SU-245 de 2025*.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2025/SU245-25.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2025). *Sentencia T-256 de 2025*.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2025/T-256-25.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2025). *Sentencia T-335 de 2025*.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2025/T-335-25.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2026). *Auto A082 de 2026*.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2026/A082-26.htm>

Corte Suprema de Justicia. (1990, 24 de mayo). *Sentencia No. 59 de 1990*. Sala Plena. <https://cortesuprema.gov.co>

Corte Suprema de Justicia. (1990, 9 de octubre). *Sentencia No. 138 de 1990*. Sala Plena. <https://cortesuprema.gov.co>

- Defensoría del Pueblo. (2025). *Alerta Temprana No. 013-25: riesgo electoral 2025-2026*. Sistema de Alertas Tempranas. <https://www.defensoria.gov.co>
- Freedom House. (2025). *Freedom in the World 2025: Colombia*. <https://freedomhouse.org/country/colombia/freedom-world/2025>
- Infobae. (2025, 26 de septiembre). Colombia enfrenta su mayor crisis de confianza institucional: Presidencia y Congreso están entre los peores evaluados, según Cifras y Conceptos. *Infobae Colombia*. <https://www.infobae.com/colombia/2025/09/26/>
- Misión de Observación Electoral. (2024). *Informe final de observación electoral: elecciones de autoridades locales 2023*. <https://moe.org.co>
- Rawls, J. (2001). *La justicia como equidad* (E. Kelly, Ed.). Paidós.
- Raz, J. (2009). *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford University Press.
- Reyes Villamizar, F. (2025). *Principios para una reforma del derecho societario* [Manuscrito no publicado].
- Vargas Llosa, M. (1971). *Historia de un deicidio*. Barral Editores.
- Velásquez Turbay, C. (1998). *Derecho constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- World Justice Project. (2025). *Índice de Estado de Derecho 2025: Colombia*. <https://worldjusticeproject.org>

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

¿Justicia o privilegio? La sustitución de la prisión intramural por penas alternativas para mujeres cabeza de familia

*Justice or Privilege? Replacing Incarceration
with Alternative Sentences for Female Heads
of Households*

Karla Beatriz Vergara Álvarez

kbvergara@uninorte.edu.co

Oscar Andrés Riaño García

oriano@uninorte.edu.co

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

RESUMEN

Este artículo examina la sustitución de la prisión intramural por servicios de utilidad pública para las mujeres cabeza de familia en condición de marginalidad o víctimas de violencia de género, conforme a la Ley 2292 de 2023 y al Decreto 1451 de 2023. A partir de la dogmática penal desarrollada por autores como Zaffaroni, Roxin y Ferrajoli, complementada con los aportes de penalistas colombianos como Velásquez, Reyes Echandía, Reyes Alvarado y Agudelo Betancur, y contrastada con los estándares interamericanos sobre enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad, se demuestra que esta medida no constituye una indulgencia infundada. Por el contrario, la menor intensidad del juicio de culpabilidad derivada de las condiciones de vulnerabilidad, la existencia de contextos de dominación y violencia de género, y la ausencia de una necesidad preventiva de la pena justifican plenamente esta respuesta penal desde los principios de la justicia restaurativa y la igualdad material.

PALABRAS CLAVE

Mujeres cabeza de familia; sustitución de la pena; justicia restaurativa; igualdad sustancial; enfoques diferenciados.

ABSTRACT

This article examines the substitution of imprisonment with community service for female heads of household living in conditions of marginality or subjected to gender-based violence, under Colombian Act 2292 of 2023 and Decree 1451 of 2023. Drawing on the criminal law scholarship of Zaffaroni, Roxin and Ferrajoli, complemented by Colombian scholars such as Velásquez, Reyes Echandía, Reyes Alvarado and Agudelo Betancur, and contrasted with Inter-American standards on differentiated approaches to persons deprived of liberty, the article argues that this measure is not an unfounded act of leniency. Rather, the diminished intensity of the culpability judgement stemming from conditions of vulnerability, the existence of contexts of gender-based domination and violence, and the absence of any preventive need for imprisonment fully justify this penal response under the principles of restorative justice and substantive equality.

KEYWORDS

Female heads of household; alternative sentencing; restorative justice; substantive equality; differentiated approaches.

ORIGEN DEL TEXTO	USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Artículo derivado de investigación en dogmática penal, política criminal y derecho constitucional contemporáneo.	Se declara el uso de herramientas de inteligencia artificial como soporte técnico de revisión ortotipográfica, normalización de referencias conforme al estilo APA (7. ^a ed.) y sistematización inicial del material jurisprudencial. Los autores conservan el control dogmático, analítico y conceptual exclusivo del contenido.

INTRODUCCIÓN

El sistema penitenciario y carcelario en América Latina y en Colombia atraviesa un estado de cosas inconstitucional caracterizado por el hacinamiento crítico, la insalubridad y un modelo de política criminal marcadamente retributivo (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020). En este panorama, la intervención del poder punitivo ha afectado de manera desproporcionada a las mujeres situadas en los estratos socioeconómicos más vulnerables (Sotomayor Mogollón, 2024).

Según los datos del perfil demográfico penitenciario, el 45,2 % de las mujeres privadas de la libertad han sido procesadas o condenadas por delitos de tráfico de estupefacientes en menores cantidades; el 28,7 % de la población carcelaria femenina se encuentra recluida por el delito de concierto para delinquir, y el 17,4 % de los casos corresponde a delitos contra el patrimonio económico, principalmente el hurto (Sotomayor Mogollón, 2024).

Frente a esta problemática, el Congreso de la República expidió la Ley 2292 de 2023 para incorporar la prestación de servicios de utilidad pública como medida sustitutiva de la prisión intramural. Sin embargo, la aplicación práctica de este sustitutivo ha enfrentado resistencias en despachos judiciales donde se percibe erróneamente como una concesión injustificada que fomenta la impunidad (Sotomayor Mogollón, 2024).

Ante este escenario, el presente escrito responde al siguiente interrogante: ¿constituye la sustitución de la prisión por servicios comunitarios una indulgencia infundada, o la aplicación rigurosa de la culpabilidad, la necesidad de la pena y la igualdad sustancial? Se defiende que el reemplazo de la prisión por servicios de utilidad pública no es beneficencia estatal, sino aplicación de la dogmática penal garantista. La menor intensidad del reproche, derivada de la coacción de género o la exclusión social, y la falta de necesidad preventiva de la prisión evidencian un daño desproporcionado sobre el núcleo familiar, mientras la medida sustitutiva garantiza la igualdad sustancial mediante la justicia restaurativa.

El trabajo se estructura en seis apartados: (i) el análisis del marco normativo y jurisprudencial colombiano; (ii) los fundamentos dogmáticos internacionales; (iii) la recepción de estas categorías en la penalística nacional; (iv) el desarrollo de la menor intensidad del reproche de culpabilidad, ilustrado con casos judiciales concretos, la refutación de las principales objeciones judiciales al sustitutivo y el análisis interseccional de género y vulnerabilidad; (v) los estándares interamericanos sobre enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad, y (vi) el fundamento constitucional de la medida.

I. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL COLOMBIANO

1.1 La Ley 2292 de 2023 y el Decreto 1451 de 2023

La Ley 2292 de 2023 introdujo los artículos 38I a 38Ñ en el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) para establecer una acción afirmativa con enfoque de género. Esta disposición faculta a los jueces penales para sustituir la prisión intramural por servicios no remunerados en entidades públicas o del tercer sector. El sustitutivo aplica a mujeres cabeza de familia condenadas por hurto o tráfico de estupefacientes, o por otros delitos con condena igual o inferior a ocho años de prisión, cuando la conducta se asocie a condiciones de marginalidad (Ley 2292, 2023).

Al respecto, Sotomayor Mogollón (2024) destaca que la Ley 2292 constituye una medida legislativa que abre caminos hacia la superación de las respuestas meramente punitivas en Colombia. La equivalencia fijada por la norma establece cinco horas de trabajo comunitario por cada semana de privación de la libertad impuesta o pendiente. Además de los supuestos delictivos, la ley exige la ausencia de antecedentes en los cinco años anteriores y la acreditación de condiciones de marginalidad (Ley 2292, 2023).

Por su parte, el Decreto 1451 de 2023 reglamentó los convenios institucionales y el seguimiento del plan de ejecución de los servicios. En particular, asigna al Ministerio de Justicia y del Derecho la estructuración del plan de servicios de utilidad pública y ordena la celebración de convenios con entidades públicas para reservar plazas comunitarias en el nivel local (Decreto 1451, 2023).

1.2 Desarrollo jurisprudencial

La Sentencia C-256 de 2022 realizó el examen de constitucionalidad del proyecto de ley sobre acciones afirmativas y validó las penas alternativas para cuidadoras como mecanismo de equidad de género (Corte Constitucional de Colombia, 2022). En dicha providencia, el tribunal respaldó la idoneidad del mecanismo en los siguientes términos:

La aplicación del beneficio no es entonces indiscriminada. Se basa en condiciones empíricas contrastables y contribuye a la formulación de una política criminal con enfoque de género, que ofrece alternativas a la acción punitiva del Estado en contra de personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad y que se ven obligadas a participar de las economías ilegales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2022

Asimismo, la Sentencia SU-306 de 2023 revisó una acción de tutela relacionada con la crisis del sistema penitenciario y carcelario, y exigió aplicar el enfoque de género para evitar la ruptura innecesaria del entorno familiar (Corte Constitucional de Colombia, 2023).

Finalmente, la Sentencia T-147 de 2026 revisó tutelas contra decisiones judiciales que negaban el sustitutivo. La Sala Séptima de Revisión fijó reglas de interpretación relevantes: la marginalidad no equivale a la indigencia absoluta ni exige demostrar que delinquir era la única alternativa disponible, y el apoyo familiar esporádico no elimina la jefatura del hogar (Corte Constitucional de Colombia, 2026; Defensoría del Pueblo, 2026). El alto tribunal precisó, además, que la jefatura de hogar debe evaluarse de forma material y que la marginalidad requerida por la Ley 2292 de 2023 no

coincide con la causal de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema del artículo 56 del Código Penal (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, 2023).

II. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS INTERNACIONALES: ZAFFARONI, ROXIN Y FERRAJOLI

La validez teórica de la sustitución punitiva reposa en las construcciones de la dogmática penal contemporánea, en particular en la culpabilidad por la vulnerabilidad, en la categoría de la responsabilidad y en el principio de estricta necesidad de la pena.

2.1 Eugenio Raúl Zaffaroni y la culpabilidad por la vulnerabilidad

Zaffaroni (2005) reconfigura el concepto de culpabilidad al introducir la categoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad. Sostiene que el sistema penal opera mediante un proceso de selección que criminaliza a los sectores desfavorecidos. Por ello, el juicio de reproche debe valorar únicamente el esfuerzo personal que el sujeto realizó para colocarse en la situación concreta de vulnerabilidad (De Marco, 2012).

Cuando el estado de vulnerabilidad socioeconómica de una mujer es alto, su esfuerzo personal para ser alcanzada por el sistema punitivo resulta mínimo (De Marco, 2012). En esa línea, Hernández (2021) indica que la falta de garantías estatales convierte al Estado en un agente coculpable de la exclusión. Por consiguiente, la agencia judicial debe descontar ese estado de vulnerabilidad del reproche individual y disminuir la respuesta punitiva (Zaffaroni, 2005).

2.2 Claus Roxin y la necesidad de la pena en la categoría de la responsabilidad

Roxin (1997) sostiene que la culpabilidad es un presupuesto necesario, pero no suficiente, para aplicar una sanción penal. En su propuesta incorpora la categoría de la responsabilidad, la cual exige verificar tanto la culpabilidad del autor como la necesidad preventiva de la pena.

En el caso de las mujeres cabeza de familia, la pena privativa de la libertad carece de necesidad desde la perspectiva de la prevención especial positiva: el encierro no resocializa, sino que desintegra las condiciones mínimas de supervivencia del hogar (Sotomayor Mogollón, 2024). Al no existir necesidad preventiva de la reclusión, la categoría de la responsabilidad impone la adopción de medidas alternativas desinstitucionalizadoras (Roxin, 1997).

2.3 Luigi Ferrajoli y el garantismo del derecho penal mínimo

Desde el pensamiento de Ferrajoli (1995), el derecho penal se legitima únicamente cuando minimiza la violencia estatal y la arbitrariedad del castigo. El principio de estricta necesidad exige acudir a la pena de prisión como *ultima ratio*. Aplicar la prisión a una mujer cabeza de hogar genera una pena vicaria sobre sus hijos dependientes, lo que convierte la sanción en una medida cruenta e incompatible con el garantismo (Ferrajoli, 1995).

III. LA RECEPCIÓN EN LA PENALÍSTICA COLOMBIANA

La dogmática penal colombiana ha consolidado una visión garantista de la culpabilidad que concuerda con las medidas alternativas a la reclusión. Velásquez (2018) enseña que la inexigibilidad de otra conducta constituye el elemento normativo central de la culpabilidad y que la exigibilidad debe evaluarse conforme a las presiones económicas y sociales reales del sujeto. Cuando una madre delinque motivada por la falta de recursos para alimentar a sus hijos, el margen de autodeterminación se reduce, lo que impide que el Estado le exija una conducta heroica (Velásquez, 2018).

Reyes Echandía (1999) conceptualizó la culpabilidad como un juicio valorativo que debe respetar la dignidad humana y planteó que la sanción resulta ilegítima si atiende a un retributivismo ciego que desconoce las causas sociales del delito. Por su parte, Reyes Alvarado (2012) analiza los límites de la pena desde la teoría de la imputación objetiva y afirma que la sanción pierde justificación cuando su ejecución produce la destrucción de bienes jurídicos fundamentales, como la protección integral de la familia.

Asimismo, Agudelo Betancur (2013) diferencia entre el reproche formal y la reprochabilidad real de la conducta, y explica que el esquema finalista concibe la culpabilidad como un puro juicio de reproche cuyo sustento radica en la exigibilidad de otra conducta. Cuando el entorno de marginalidad disminuye la reprochabilidad, la pena debe ser modulada o sustituida por opciones no carcelarias (Agudelo Betancur, 2013). La doctrina nacional rechaza así el funcionalismo autoritario y defiende un derecho penal de acto y garantista.

IV. MENOR INTENSIDAD DEL REPROCHE: COACCIÓN MACHISTA, MARGINALIDAD Y AUSENCIA DE NECESIDAD PREVENTIVA

En diversos casos, las mujeres son instrumentalizadas por parejas violentas o asumen conductas ilícitas al quedar como únicas proveedoras de sus hogares (Sotomayor Mogollón, 2024). La coacción de género atenúa el reproche de culpabilidad (Zaffaroni, 2005), pues no puede exigirse lo mismo a quien actúa bajo violencia o indignancia que a quien delinque por afán de lucro (Agudelo Betancur, 2013).

A ello se suma la falta de necesidad de la reclusión: la prisión no siempre resocializa, sino que puede destruir oportunidades laborales y profundizar la estigmatización (Sotomayor Mogollón, 2024). Además, desintegra el hogar y afecta a los menores que dependen de la mujer, trasladando el castigo a terceros inocentes (Corte Constitucional de Colombia, 2026). Por ello, el encarcelamiento puede generar un daño social mayor al del delito cometido (Sotomayor Mogollón, 2024).

A manera de ejemplo, en la Sentencia SP456-2026 la Corte Suprema de Justicia aplicó la Ley 2292 de 2023 a una mujer indígena, cabeza de hogar, con baja escolaridad, en extrema pobreza y víctima de violencia intrafamiliar, y sustituyó los 60 meses de prisión por 1304 horas de servicio de utilidad pública para evitar su separación de sus hijos menores, previa manifestación de consentimiento. Por su parte, en la Sentencia T-147 de 2026 la Corte Constitucional concedió el sustituto a Sofía, quien había vivido pobreza, abandono, abusos y maternidad temprana, y precisó que la marginalidad no exige indignancia absoluta. En ambos casos, las decisiones buscaron evitar que la ejecución de la pena profundizara la vulnerabilidad de las mujeres y afectara desproporcionadamente a sus hijos menores.

4.1 Objeciones judiciales y su refutación

Una de las principales objeciones es que sustituir la prisión por servicio de utilidad pública podría significar impunidad. Esta crítica pierde fuerza si se tiene en cuenta que la Ley 2292 de 2023 mantiene la condena y la responsabilidad penal, mientras que Zaffaroni (2005) plantea que el juicio de reproche debe considerar las condiciones sociales y personales de quien delinque.

También se cuestiona el posible debilitamiento de la prevención general, pues evitar la prisión podría reducir su efecto disuasorio. Roxin (1997), sin embargo, señala que la necesidad de la pena

debe valorarse según sus finalidades preventivas. En este caso, la sanción permanece y lo que cambia es la forma de cumplirla.

Otro punto de discusión es la prueba de la vulnerabilidad. No basta con alegarla, pero tampoco resulta adecuado reducirla a requisitos formales. La Sentencia T-147 de 2026 exige una valoración integral de circunstancias como la pobreza, el abandono familiar y las cargas de cuidado.

Frente a la igualdad con los hombres cabeza de familia, la Sentencia C-256 de 2022 reconoce la posibilidad de establecer acciones afirmativas ante situaciones concretas de desigualdad. La C-184 de 2003, por su parte, precisó que estas medidas no se extienden automáticamente a los hombres, aunque reconoció la protección del padre cabeza de familia cuando sea necesaria para garantizar el interés superior del menor. Por eso, compartir responsabilidades familiares no basta, por sí solo, para demostrar una vulneración de la igualdad.

Finalmente, se ha planteado que la sustitución podría transmitir un «mensaje equivocado» de menor severidad frente al delito. Esta preocupación tampoco implica que la prisión sea siempre necesaria: para Ferrajoli (1995), la intervención penal debe responder a criterios de necesidad y proporcionalidad. Además, la Ley 2292 conserva la condena y la obligación de cumplir la sanción.

En suma, la respuesta penal se mantiene, pero su ejecución debe atender las circunstancias concretas de cada caso.

4.2 Interseccionalidad de género y vulnerabilidad

No se puede hablar de estas mujeres sin reconocer la historia de discriminación que ha limitado sus posibilidades de estudiar, acceder al trabajo formal y construir autonomía económica, mientras se les ha ubicado principalmente en el cuidado y sostenimiento de los demás. Por eso la perspectiva de género es necesaria. Facio Montejo (1992) sostiene que el derecho tampoco ha sido neutral, pues durante mucho tiempo fue construido y aplicado desde una mirada androcéntrica presentada como universal. Ignorar esta historia implica dejar fuera condiciones que todavía afectan a las mujeres.

La vulnerabilidad económica tampoco aparece de manera aislada. Crenshaw (1989), al desarrollar el concepto de interseccionalidad, explica que distintos ejes de desigualdad pueden cruzarse y producir situaciones que no pueden entenderse desde un solo factor. En el caso de estas

mujeres, el estudio de la UNODC y el Ministerio de Justicia y del Derecho (2019) muestra que la falta de oportunidades laborales, la responsabilidad como jefas de hogar y la búsqueda de independencia económica aparecen entre los factores relacionados con su vinculación a delitos de drogas. El estudio también identifica situaciones de coacción o instrumentalización dentro de las redes en las que participan. Por ello, su situación no puede equipararse sin más a la de un hombre con la misma condición económica.

Después de la condena, la vulnerabilidad puede profundizarse. La privación de la libertad puede romper el núcleo familiar y afectar económica y emocionalmente a los hijos y demás personas dependientes, mientras el estigma dificulta el acceso posterior al trabajo. Estas circunstancias se relacionan entre sí: la falta de ingresos puede aumentar la dependencia, las cargas de cuidado limitar el trabajo y la violencia reducir la capacidad de decisión. Por eso, la vulnerabilidad no puede explicarse únicamente por la pobreza, sino también por las condiciones de género que atraviesan sus vidas.

Reconocer estas circunstancias no significa que toda mujer cabeza de familia deba recibir automáticamente un tratamiento penal diferente. Significa que, cuando hayan influido en el hecho y en sus posibilidades de actuar de otra manera, deben ser consideradas al valorar su responsabilidad y la respuesta penal. Ignorarlas puede llevar a tratar como iguales situaciones que materialmente no lo son.

V. EL ESTÁNDAR INTERAMERICANO: ENFOQUES DIFERENCIADOS EN MATERIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

La argumentación dogmática precedente encuentra respaldo en el *corpus iuris* interamericano. El 25 de noviembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 70 del Reglamento de la Corte (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2019). Su objeto consistió en obtener una interpretación conjunta de las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en contextos de privación de la libertad, respecto de mujeres

embarazadas, en periodo de posparto y lactantes; personas LGBT; personas indígenas; personas mayores, y niños y niñas que viven con sus madres en prisión (CIDH, 2019).

El documento resulta especialmente pertinente para el problema aquí planteado por tres razones. En primer lugar, la Comisión desarrolla la doble dimensión del principio de igualdad: una concepción negativa, que prohíbe las diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva, que impone a los Estados el deber de crear condiciones de igualdad real frente a grupos históricamente excluidos o expuestos a un mayor riesgo de discriminación (CIDH, 2019). La Ley 2292 de 2023 se inscribe precisamente en esa segunda dimensión, de modo que su naturaleza no es la de un privilegio, sino la de una obligación de resultado derivada del artículo 24, en concordancia con el artículo 1.1, de la Convención Americana.

En segundo lugar, la CIDH acude a la categoría de la discriminación indirecta, según la cual una norma o práctica en apariencia neutra puede tener repercusiones particularmente negativas sobre un grupo determinado y ser, por sus efectos, discriminatoria, aun cuando no haya sido dirigida específicamente a él (CIDH, 2019). Aplicar de manera uniforme la prisión intramural a mujeres cabeza de familia en contextos de marginalidad constituye un supuesto paradigmático de esa discriminación por efectos: la norma penal formalmente neutra impacta de modo desproporcionado a quienes acumulan factores de exclusión socioeconómica y de género.

En tercer lugar, la Comisión documenta la dimensión vicaria del castigo. Señala que la ruptura de los lazos de protección derivada del encarcelamiento de las mujeres —quienes por lo general son las principales responsables de la crianza y están a cargo de hogares monoparentales— expone a los niños y las niñas bajo su cuidado a situaciones de pobreza, marginalidad y abandono, con consecuencias de largo plazo, como el involucramiento en organizaciones criminales o, incluso, la institucionalización (CIDH, 2019). Este diagnóstico coincide con el argumento ferrajoliano sobre la pena vicaria y con la *ratio decidendi* de la Sentencia T-147 de 2026.

La solicitud dio origen a la Opinión Consultiva OC-29/22, en la cual la Corte Interamericana determinó que los Estados deben aplicar un enfoque diferenciado en la atención de las necesidades especiales de los distintos grupos poblacionales privados de la libertad, a fin de asegurar una ejecución de la pena respetuosa de la dignidad humana (Corte IDH, 2022). En virtud del control de

convencionalidad, este estándar vincula a los operadores judiciales colombianos. De ahí que la interpretación restrictiva de los requisitos de marginalidad y jefatura del hogar no sea solo un defecto sustantivo en clave constitucional, sino también un incumplimiento de obligaciones convencionales del Estado colombiano.

VI. JUSTICIA RESTAURATIVA, PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL E IGUALDAD SUSTANCIAL

La prestación de servicios de utilidad pública materializa la justicia restaurativa al reemplazar el sufrimiento del encierro por un trabajo comunitario que resarce a la sociedad (Sotomayor Mogollón, 2024). Desde el plano constitucional, la Ley 2292 de 2023 realiza una ponderación entre el *ius puniendi* estatal y la protección de la familia (artículo 42 de la Constitución Política) y de los niños (artículo 44) (Corte Constitucional de Colombia, 2026). La medida alternativa retiene una sanción real mediante la dedicación de horas comunitarias, al tiempo que preserva la presencia de la madre en el hogar (Ley 2292, 2023).

Finalmente, este sustitutivo da cumplimiento a la igualdad sustancial del artículo 13 constitucional (Sotomayor Mogollón, 2024). Imponer la misma pena de prisión a personas vulnerables que a quienes delinquen sin esa condición equivaldría a una igualdad formal que acentúa la discriminación (Corte Constitucional de Colombia, 2022). Las acciones afirmativas corrigen estas inequidades de origen y garantizan una justicia proporcional (Corte Constitucional de Colombia, 2022).

CONCLUSIONES

El análisis dogmático, normativo y jurisprudencial desarrollado permite concluir que la sustitución de la prisión por servicios de utilidad pública para mujeres cabeza de familia no constituye un beneficio infundado ni una medida de impunidad (Sotomayor Mogollón, 2024), sino una figura que encuentra fundamento en el derecho penal garantista y en los principios de un Estado social de derecho.

En primer lugar, el sustitutivo halla sustento dogmático en la culpabilidad por la vulnerabilidad de Zaffaroni (2005), la necesidad de la pena de Roxin (1997) y el garantismo de Ferrajoli (1995), junto con la doctrina de Velásquez (2018) y Agudelo Betancur (2013), cuyos planteamientos

permiten comprender que la coacción machista y la pobreza reducen la exigibilidad de otra conducta.

En segundo lugar, el encierro carcelario puede resultar incompatible con las condiciones concretas de muchas mujeres en situación de vulnerabilidad y generar una pena vicaria sobre quienes dependen de ellas, especialmente sus hijos (Corte Constitucional de Colombia, 2026).

En tercer lugar, la lectura conjunta de la Ley 2292 de 2023 con los estándares interamericanos confirma que el enfoque diferenciado responde al principio de igualdad y no discriminación en contextos de privación de la libertad (CIDH, 2019; Corte IDH, 2022). El Decreto 1451 de 2023 permite cumplir la sanción mediante servicios de utilidad pública, articulando la respuesta penal con la justicia restaurativa y la igualdad material.

En cuarto lugar, los criterios de aplicación judicial deben ajustarse a los parámetros fijados por la Sentencia T-147 de 2026, que estableció criterios interpretativos para la aplicación de los requisitos de marginalidad y jefatura de hogar previstos en la Ley 2292 de 2023. En particular, precisó que: (i) la marginalidad exigida por la ley no equivale a una situación de «marginalidad extrema», sino a un contexto de vulnerabilidad social y económica que debe valorarse de acuerdo con las circunstancias materiales del caso; (ii) no resulta procedente exigir una relación de causalidad estricta entre la conducta punible y las condiciones de marginalidad, pues estas deben analizarse en el contexto socioeconómico y familiar de la persona; (iii) la condición de madre cabeza de familia debe valorarse desde una perspectiva material, atendiendo a quién asume de manera real y continua las cargas organizativas, económicas y de cuidado del núcleo familiar, y (iv) la existencia de apoyo familiar o de otros integrantes que colaboren en el cuidado no desvirtúa por sí sola dicha condición, pues no puede exigirse una responsabilidad absolutamente solitaria ni la ausencia total de una red de apoyo. Con ello, la Corte cuestionó las interpretaciones restrictivas que impusieron exigencias no previstas por el legislador en relación con la marginalidad y la condición de madre cabeza de familia, en el marco de la finalidad de la Ley 2292 de 2023 como medida afirmativa.

En quinto lugar, quedan abiertas algunas líneas para futuras investigaciones. Sería importante conocer cuál ha sido la aplicación real de la Ley 2292 de 2023 desde su entrada en vigencia y cuántas mujeres han podido acceder efectivamente a las medidas que contempla. También sería

pertinente comparar esta regulación con las medidas de sustitución de la prisión adoptadas en otros países de América Latina para poblaciones en condiciones similares. Finalmente, haría falta evaluar de manera cualitativa los efectos de estas medidas en los menores y demás personas dependientes de las mujeres beneficiarias, especialmente en su situación familiar y cotidiana.

REFERENCIAS

Agudelo Betancur, N. (2013). *Curso de derecho penal: esquemas del delito* (4.^a ed.). Temis.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad*. Organización de los Estados Americanos.

Corte Constitucional de Colombia. (2003, 4 de marzo). *Sentencia C-184 de 2003* [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-184-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2022, 13 de julio). *Sentencia C-256 de 2022* [M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-256-22.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2023, 23 de agosto). *Sentencia SU-306 de 2023* [M. P. Diana Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/su306-23.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2026). *Sentencia T-147 de 2026* [Sala Séptima de Revisión]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2026/T-147-26.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022, 30 de mayo). *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad* (Opinión Consultiva OC-29/22, Serie A No. 29).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2026, 20 de mayo). *Sentencia SP456-2026* (Radicación 66518; M. P. J. J. Urbano Martínez). <https://cortesuprema.gov.co/sala-de-casacion-penal-sustituyo-pena-de-prision-por-servicio-de-utilidad-publica-a-mujer-cabeza-de-familia/>

Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989(1), artículo 8. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>

De Marco, D. A. (2012). *La culpabilidad por la vulnerabilidad: el esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstreams/8bcaad48-af8b-42eb-a92f-a2f041c20a7d/download>

Decreto 1451 de 2023 [Ministerio de Justicia y del Derecho]. Por el cual se reglamenta la prestación de servicios de utilidad pública. 4 de septiembre de 2023.

Defensoría del Pueblo. (2026, 6 de junio). *La Corte Constitucional respalda la interpretación de la Defensoría del Pueblo y marca un hito en aplicación de la Ley de Utilidad Pública para mujeres privadas de la libertad*. <https://www.defensoria.gov.co/-/la-corte-constitucional-respalda-la-interpretacion-de-la-defensoria-del-pueblo-y-marca-un-hito-en-aplicacion-de-ley-de-utilidad-publica-para-mujeres-privadas-de-la-libertad>

Facio Montejo, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trotta.

Hernández, H. L. (2021, 8 de julio). Sociedad y criminales: coculpables. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/penal/sociedad-y-criminales-co-culpables>

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. D. O. n.º 44.097.

Ley 2292 de 2023. Por medio de la cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria. 8 de marzo de 2023. D. O. n.º 52.330. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=204403>

Ministerio de Justicia y del Derecho. (2020). *Cápsula demográfica para mujeres privadas de la libertad: situación demográfica penitenciaria y carcelaria*. Ministerio de Justicia y del Derecho.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. (2019). *Estudio: las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas*. UNODC. https://www.unodc.org/documents/colombia/2019/Octubre/Estudio_Las_mujeres_Privadas_de_la_Libertad_por_Delitos_de_Drogas.pdf

Reyes Alvarado, Y. (2012). *Imputación objetiva y teoría del delito*. Temis.

Reyes Echandía, A. (1999). *Derecho penal*. Temis.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general: tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Trads.). Civitas. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/viewFile/1992/1878>

Sotomayor Mogollón, M. J. (2024). Ley 2292 de 2023 – Ley de utilidad pública para mujeres cabeza de familia: ¿una mirada alternativa al poder punitivo? *Nuevo Foro Penal*, (102). <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/7956>

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Decisión Penal. (2023). *Sentencia de apelación, radicado 05001600020620244396901*.

<https://tribunalmedellin.com/images/decisiones/penal/2023/05001600020620244396901.pdf>

Velásquez Velásquez, F. (2018). *Manual de derecho penal: parte general*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Zaffaroni, E. R. (2005). La culpabilidad por la vulnerabilidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (79), 24–38. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/79/cmt/cmt24.pdf>

ARTÍCULO DE DIVULGACIÓN

Trabajo sin fronteras: el principio de territorialidad ante las relaciones laborales transnacionales

Work Without Borders: The Principle of Territoriality in Transnational Employment Relationships

Oscar Andrés Riaño García
oriano@uninorte.edu.co

Daniel Elías Blanco Angulo
edblanco@uninorte.edu.co

Orietta Esther Pérez Reales
porietta@uninorte.edu.co

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

RESUMEN

Este artículo examina la suficiencia del principio de territorialidad consagrado en el artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo frente a las relaciones laborales con elementos extranjeros, en especial las de trabajadores vinculados en Colombia que prestan sus servicios en el exterior. Con un enfoque de derecho comparado (Argentina, España, México y la Unión Europea) y a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se identifican los vacíos del ordenamiento nacional en materia laboral y de seguridad social, y se propone avanzar hacia reglas de conflicto que reconozcan la autonomía de la voluntad con garantías mínimas para el trabajador.

PALABRAS CLAVE

Principio de territorialidad; contrato de trabajo internacional; derecho internacional privado; seguridad social; autonomía de la voluntad.

ABSTRACT

This article examines whether the principle of territoriality enshrined in Article 2 of the Colombian Labor Code is sufficient to govern employment relationships with foreign elements, particularly those of workers hired in Colombia who perform their services abroad. Using a comparative law approach (Argentina, Spain, Mexico and the European Union) and drawing on the case law of the Supreme Court of Justice, it identifies the gaps in the national legal system regarding labor and social security matters, and proposes moving towards conflict-of-laws rules that recognize party autonomy while guaranteeing minimum protections for workers.

KEYWORDS

Principle of territoriality; international employment contract; private international law; social security; party autonomy.

ORIGEN DEL TEXTO

Artículo derivado de la ponencia presentada por los autores, como integrantes del semillero de investigación, al XI Encuentro Nacional de Semilleros de Investigación en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2024), transformada en un producto editorial independiente conforme a las normas de la convocatoria.

USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En la adaptación editorial de este manuscrito se empleó una herramienta de inteligencia artificial generativa como apoyo en la reorganización estructural, la corrección de estilo y la normalización de citación.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización —que ha conducido, en palabras de Clerc (2013), a una desregulación instrumentada de modo casi irrestricto, al punto de supeditar la vida social y económica a los primados del capital—, junto con las nuevas movilidades humanas —que según cifras de Naciones Unidas superan los doscientos millones de migrantes internacionales (Verdugo, 2022)—, la pandemia de la COVID-19 y la popularización de las tecnologías de la información y de la inteligencia artificial (Cardona, 2003; Díaz y Mercado, 2024), ha traído retos existenciales para el derecho laboral. Ha surgido un sistema mundial de interacciones en el que la información circula con rapidez y la cercanía física coexiste con la digital, de modo que la prestación personal del servicio ya no reconoce fronteras.

En ese contexto, el derecho internacional privado (DIPr) ha experimentado una evolución vertiginosa que transforma la propia «base social» sobre la que opera, entendida como el conjunto de relaciones entre individuos y entre la persona y la colectividad (Carrascosa, 2004). Su finalidad esencial —determinar la ley aplicable a la controversia iusprivatista— cobra especial relevancia en materia laboral, pues, como enseñaba Goldschmidt (1952), el objeto del DIPr es el caso iusprivatista con elementos extranjeros. Tratándose de relaciones de trabajo, los elementos extranjeros más relevantes son la nacionalidad del trabajador y del empleador, la sede principal de la empresa, el lugar de ejecución y el lugar de celebración del contrato (Murgas, 2003), a los que se suman el lugar desde el cual se ejerce la subordinación y la procedencia transfronteriza de la prestación personal del servicio (Ordóñez, 2017). La presencia de un elemento internacional impone la aplicación del método indirecto: verificar, a partir de la norma de conflicto, el ordenamiento jurídico que suministrará la solución directa al caso concreto (Monroy, 2006).

El Código Sustantivo del Trabajo consagra el principio de territorialidad en su artículo 2, según el cual «el presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad» (Colombia, 1950, art. 2), criterio reiterado por el Ministerio del Trabajo (2014) con apoyo en la Sentencia T-1021 de 2008 (Corte Constitucional de Colombia, 2008). Es evidente, entonces, que la normativa laboral colombiana regula las relaciones desarrolladas dentro del territorio nacional; lo que no resulta claro es su aplicación a los vínculos de colombianos contratados por empresas nacionales que prestan sus servicios en el extranjero. Una interpretación exegética de la norma deja abierto el interrogante sobre el marco jurídico apropiado para proteger al trabajador inmerso en una relación laboral con elementos extranjeros (Barrero y Anaya, 2021), con el riesgo de someterlo a una ley que carezca de ciertas garantías o le imponga cargas adicionales.

Para abordar ese problema, el artículo responde sucesivamente cuatro preguntas: qué derechos y garantías ofrece el ordenamiento jurídico nacional a los trabajadores dependientes (sección 2); cómo tratan otras legislaciones el fenómeno de los contratos laborales con prestación de servicios en el extranjero (sección 3); cómo regula la normativa colombiana las relaciones laborales de nacionales que prestan servicios en el exterior (sección 4); y qué elementos de la normativa nacional e internacional podrían regular estas relaciones transnacionales (sección 5). El enfoque es analítico y comparado, con revisión documental normativa, jurisprudencial y doctrinal.

2. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

Como punto de referencia del análisis, conviene enfatizar los derechos y garantías que el ordenamiento interno reconoce a los trabajadores, aclarando que esta regulación fue concebida desde la perspectiva del trabajo subordinado desarrollado en el territorio nacional, conforme al principio de territorialidad del artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo; su sola existencia, por tanto, no la hace automáticamente aplicable a los casos que motivan este estudio.

La principal fuente inspiradora del régimen laboral colombiano es la Constitución de 1991 que, aunque posterior al Código Sustantivo del Trabajo, consolidó importantes transformaciones sociales, políticas y jurídicas. Desde su artículo 1, la Carta establece el Estado social de derecho,

guiado por los principios de dignidad humana, solidaridad y trabajo, y su artículo 53 introduce un catálogo de principios mínimos fundamentales que deberá recoger un futuro Estatuto del Trabajo, aún no expedido por el Congreso de la República (Colombia, 1991). El mismo artículo fija un límite decisivo para este estudio, al disponer que «la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores» (Colombia, 1991, art. 53). Entre los principios de ese catálogo destacan:

- **Primacía de la realidad sobre las formas:** en las relaciones laborales y en la interpretación de los contratos que las rigen deben aplicarse las disposiciones correspondientes a la realidad fáctica del caso, incluso contra lo estipulado en las cláusulas. Este principio se refleja en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que establecen presunciones a favor del trabajador y aseguran el régimen de protección aun cuando se hayan utilizado instrumentos jurídicos para negar el carácter subordinado de la relación, como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia (2024a).
- **Garantía de la seguridad social:** conforme al artículo 48 de la Constitución, el Sistema General de Seguridad Social es integral y abarca las contingencias de salud, riesgos laborales y pensiones. El trabajador debe estar afiliado a los tres componentes del sistema y el empleador debe cumplir las obligaciones legales correspondientes, especialmente la cotización a cada subsistema y la protección de la integridad de sus empleados.
- **Estabilidad en el empleo:** el régimen laboral busca la permanencia de los trabajadores en sus puestos mientras subsistan las causas que dieron origen a la relación (Corte Suprema de Justicia, 2018). El empleador conserva la facultad de despedir con justa causa según el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, o sin justa causa conforme al artículo 64, evento en el cual debe indemnizar al trabajador. Este deber se funda en el carácter desigual de la relación de trabajo, en la que el salario constituye generalmente la principal fuente de subsistencia del empleado, sin perjuicio de la indemnización adicional que proceda bajo las reglas de la responsabilidad civil contractual cuando se satisfagan sus estándares probatorios.

El Código Sustantivo del Trabajo desarrolla, con fundamento en esas disposiciones constitucionales, un extenso conjunto de derechos y garantías, entre los cuales se destacan los recogidos en la tabla 1.

DERECHO O GARANTÍA	¿EN QUÉ CONSISTE?	NORMA BASE
Salario	Remuneración fija o variable, en especie o en dinero, por el servicio prestado. No puede ser inferior al salario mínimo fijado legal o convencionalmente.	Arts. 127 y 145 CST
Prima de servicios	Remuneración adicional que el empleador paga al trabajador por sus servicios: treinta días de salario al año, divididos en dos pagos de igual monto.	Art. 306 CST
Jornada máxima	Límite legal de los periodos continuos trabajados. Superado el tope legal o pactado, debe pagarse recargo por trabajo suplementario.	Arts. 158 y 159 CST
Recargo por trabajo nocturno	Monto adicional por cada hora laborada en horario nocturno, equivalente al 35 % del valor base de la hora.	Art. 168 CST
Recargo por trabajo suplementario	Monto adicional por cada hora laborada por encima de la jornada máxima: 25 % si el tiempo extra fue diurno y 75 % si fue nocturno.	Art. 168 CST
Vacaciones remuneradas	Tiempo de descanso remunerado a que tiene derecho el trabajador por cada año de servicios.	Art. 186 CST
Cesantías e intereses	Prestación social encaminada a proteger al trabajador ante la terminación del vínculo.	Art. 249 CST; art. 99 Ley 50 de 1990

Tabla 1. Principales derechos y garantías de los trabajadores dependientes en el Código Sustantivo del Trabajo. Elaboración propia.

La normativa laboral colombiana ha recorrido, así, un proceso de evolución que va desde el Código Sustantivo de 1950, pasa por la Ley 50 de 1990 y la Constitución de 1991, y culmina en los desarrollos jurisprudenciales recientes. Aun cuando el esquema regulatorio se ha mantenido mayormente definido durante décadas, ello no obsta para que las normas deban actualizarse conforme a los cambios sociales de mayor impacto en los vínculos de trabajo: la globalización, las tecnologías de la información y las migraciones temporales y permanentes.

3. EL CONTRATO LABORAL CON PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL EXTRANJERO EN EL DERECHO COMPARADO

Los procesos de globalización producen una interdependencia de los mercados que influye considerablemente en las relaciones laborales; con las transformaciones tecnológicas, estas relaciones han superado las fronteras nacionales e integrado elementos extranjeros: las partes, la subordinación o la prestación personal del servicio pueden provenir de un país distinto al de

residencia, lo que genera conflictos de jurisdicción fundados en el principio de territorialidad que rige en cada Estado involucrado (Ordóñez, 2017). El fenómeno no es marginal: según el informe anual de flujos migratorios, el ingreso de extranjeros a Colombia aumentó aproximadamente un 300 % entre 2012 y 2018, con una llegada creciente, además de la población venezolana, de nacionales de Estados Unidos, Argentina, Brasil, México, Ecuador, Perú y España con fines laborales (Migración Colombia, 2019; Barrero y Anaya, 2021). Estos desplazamientos afectan a los Estados también desde el punto de vista normativo (Muñiz, 2018), por lo que resulta fundamental un análisis de derecho comparado.

3.1 Argentina

La regulación del contrato de trabajo está establecida principalmente en la Ley 20.744, cuyo artículo 3 dispone que esa ley «regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él; en cuanto se ejecute en su territorio» (Argentina, 1974, art. 3). Esta disposición refleja el principio de territorialidad y el interés del Estado argentino en exigir el cumplimiento de sus normas laborales dentro de su territorio (Barrero y Anaya, 2021; Murgas, 2003), pero la fórmula «celebrado en el país o fuera de él» implica una apertura hacia la transnacionalización: las leyes laborales argentinas cubren también contratos celebrados en el extranjero que se ejecuten en territorio argentino (Jaramillo, 2015). El artículo 11 de la misma ley ordena, además, que las cuestiones no resueltas por las normas específicas se decidan según los principios de la justicia social, los principios generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe, garantizando una aplicación protectora e igualitaria; las convenciones colectivas, en cambio, no se aplican de manera extensiva o analógica, aunque pueden considerarse para resolver casos concretos según la profesionalidad del trabajador (art. 16).

3.2 España

El elemento extranjero de la relación laboral puede referirse al propio trabajador, entendido como quien no posee la nacionalidad española, con un tratamiento diferenciado entre comunitarios y no comunitarios (Álvarez, 2014). El Real Decreto Legislativo 2/2015, Ley del Estatuto de los Trabajadores, se aplica a quienes presten servicios voluntarios, retribuidos y por cuenta ajena bajo la dirección de un empleador (art. 1) y —de particular interés para este estudio— su artículo 1.4 extiende la legislación laboral española a los trabajadores españoles contratados en España al

servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público del lugar de trabajo, garantizándoles al menos los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español (España, 2015). El lugar de prestación del servicio puede, no obstante, internacionalizar la contratación cuando el trabajador se desempeña en varios países sin lugar habitual identificable (Álvarez, 2014); para esos eventos, el artículo 10.6 del Código Civil español dispone que, en defecto de sometimiento expreso de las partes, se aplica a las obligaciones del contrato de trabajo la ley del lugar donde se presten los servicios (España, 1889).

3.3 México

La Ley Federal del Trabajo y la Ley General de Población regulan la intervención de extranjeros en los procedimientos laborales mediante disposiciones específicas que les permiten participar en juicios ante tribunales federales o locales del trabajo (Puig, 2014). El artículo 67 de la Ley General de Población contempla aspectos sustanciales respecto de los extranjeros residentes que realizan actividades laborales, y el ordenamiento protege sus derechos de seguridad social conforme al Convenio sobre la igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de reparación por accidentes de trabajo, incluyendo conceptos como la indemnización constitucional por despido injustificado, salarios caídos, séptimos días, días festivos, vacaciones, prima vacacional y aguinaldo; antes de tramitar la demanda, la autoridad laboral debe requerir al demandante extranjero que acredite su legal estancia en el país (art. 873, Ley Federal del Trabajo) (México, 1970; México, 1974).

4. LA REGULACIÓN COLOMBIANA DE LAS RELACIONES LABORALES DE NACIONALES CON PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL EXTERIOR

De los cinco supuestos de internacionalización de la relación de trabajo identificados por la doctrina (Zamora, 2011), interesan aquí principalmente dos: el del trabajador nacional cuyo contrato se celebra en Colombia pero se ejecuta en el exterior, y el del nacional contratado por empresa colombiana que presta el servicio de forma permanente en el extranjero.

Sobre el primero, la Sentencia T-1021 de 2008 constituye un hito: en conexidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, remite al artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo y al principio de territorialidad, conforme al cual la legislación colombiana no se aplica a

servicios prestados en el exterior, salvo dos excepciones: que exista una inequívoca continuidad de la subordinación ejercida desde el territorio nacional, o que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acuerden que la ley que rige el contrato sea la colombiana (Corte Constitucional de Colombia, 2008; Corte Suprema de Justicia, 2021b). La regla general responde al principio *lex loci solutionis* —los efectos del contrato de trabajo se rigen por la ley del lugar donde la labor se haya cumplido— (Corte Suprema de Justicia, 2024a), en armonía con el inciso 3 del artículo 20 del Código Civil sobre la ley del lugar de ejecución.

La posición sobre la autonomía de la voluntad, sin embargo, no ha sido estática. A finales del siglo XX la Corte Suprema no admitía que las partes fijaran la ley aplicable al contrato de trabajo, configurando una restricción material al acuerdo de voluntades (Corte Suprema de Justicia, 1998); en 2009 la misma corporación abrió la posibilidad de pactar la aplicación de la norma laboral extranjera a condición de que fuera más favorable que la nacional, bajo revisión judicial y con la prevención de que las normas del trabajo son de orden público según el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo (Corte Suprema de Justicia, 2009). Posteriormente se admitió la licitud de cláusulas que delimitan los efectos de la prestación del servicio en el exterior para temas salariales y prestacionales, en respeto de la buena fe, la lealtad y la autonomía de la voluntad (Corte Suprema de Justicia, 2017), y la línea culminó reafirmando que el pacto de ley colombiana es válido y vinculante aunque la prestación humana del servicio se ejecute en el exterior, caso en el cual las prestaciones sociales y la seguridad social se rigen por el ordenamiento colombiano (Corte Suprema de Justicia, 2020; Corte Suprema de Justicia, 2024b).

Puede presentarse también la figura de la comisión o asignación temporal, en la que el trabajador nacional se traslada al extranjero por un lapso corto, con subordinación continua del empleador nacional y sin que el *ius variandi* afecte los elementos del contrato inicial conforme al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (Ordóñez, 2017); el empleador continúa cumpliendo sus obligaciones de salario, prestaciones sociales y seguridad social (Barrero y Anaya, 2021), y se aplica directamente el artículo 2 del estatuto laboral.

El segundo supuesto —nacionales contratados por empresa nacional que ejecutan el contrato permanentemente en el exterior, como ocurre en ciertos trabajos remotos— presenta como elementos extranjeros el lugar de ejecución y el lugar desde el cual se subordina. Si la

subordinación se ejerce desde Colombia, ella opera como criterio concluyente para aplicar la ley colombiana al pago de salarios —con respeto del salario mínimo—, prestaciones sociales y vacaciones. En materia de seguridad social el análisis es más complejo: el artículo 6 del Convenio 97 de la OIT sobre trabajadores migrantes impone a los Estados parte el deber de dispensar a estos trabajadores un trato no menos favorable que el de los nacionales en remuneración, seguridad social y condiciones de trabajo (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 1949). En pensiones, los artículos 1 y 3 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 11 y 15 de la Ley 100 de 1993, establecen la obligatoriedad de la afiliación y cotización, pero permiten que, si el Estado donde se ejecuta el contrato cubre los mismos riesgos del sistema pensional nacional (vejez, invalidez y sobrevivientes), el trabajador se afilie directamente allí sin obligación de cotizar en Colombia; en caso contrario, subsiste el deber de afiliación y cotización nacional (Barrero y Anaya, 2021). En salud, la afiliación de quienes prestan servicios en el exterior es obligatoria conforme al artículo 157 de la Ley 100 de 1993, aunque la cobertura es esencialmente territorial, de modo que la prestación material del servicio exige cooperación, alianzas o sistemas internacionales de aseguramiento. Y en riesgos laborales, las aseguradoras cubren en el exterior solo por duración limitada, por lo que el trabajador permanente en el extranjero requiere una póliza internacional o la cobertura directa del sistema del Estado donde presta el servicio (Barrero y Anaya, 2021).

Este panorama se completa con el artículo 19 del Código Civil, que consagra el principio de extraterritorialidad de la ley —los colombianos residentes o domiciliados en el exterior permanecen sujetos a ciertas disposiciones nacionales, como lo explicó la Sala de Casación Civil (Corte Suprema de Justicia, 2021a)—, y con el inciso 2 del artículo 20 *ibidem* sobre la *lex loci contractus*. La confluencia de estos criterios con los elementos de internacionalización de la relación de trabajo identificados por la doctrina —nacionalidad del trabajador y del empleador, sede de la empresa, lugar de prestación del servicio y foro de celebración (Murgas, 2003)— confirma la necesidad de analizar el problema no solo desde la normativa interna sino a escala regional, con miras a que convenios o recomendaciones de la OIT regulen este conflicto formal que afecta las relaciones laborales en lo sustancial.

5. ELEMENTOS DE LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL PARA REGULAR LAS RELACIONES LABORALES TRANSNACIONALES

A partir de este panorama jurisprudencial limitado surge una pregunta: ¿qué lecciones ofrece el derecho internacional privado comparado para fortalecer la regulación colombiana de las relaciones laborales transnacionales? Esta sección responde a ese interrogante examinando, primero, la dispersión de las fuentes internas y, después, la experiencia de otros ordenamientos, en particular la de la Unión Europea.

El recorrido anterior evidencia, en efecto, una evolución jurídica escasa del derecho nacional frente a las relaciones laborales con prestación del servicio en el extranjero, explicable por el incipiente desarrollo del derecho internacional privado en Colombia: no existe una ley marco que aborde sus problemas e integre el progreso de codificación que otras ramas del derecho llevan siglos consolidando. Las normas de conflicto se encuentran dispersas: el Código General del Proceso incluye previsiones sobre conflictos de leyes procesales; el Código Civil y el Código de Comercio incorporan reglas para la determinación de la ley sustancial en los negocios jurídicos; y existen fuentes convencionales como el Tratado de Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo y el Convenio de Seguridad Social entre Colombia y España.

Se han presentado, pues, avances puntuales en la regulación de situaciones privadas internacionales, pero es visible la ausencia de progresos en las relaciones laborales objeto de este estudio. La principal norma de conflicto en la materia sigue siendo el artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo que, como se ha observado, se queda corto para regular el universo de posibilidades que la globalización ha traído a las economías de mercado. En ese contexto conviene acudir a experiencias extranjeras que aporten ideas para el avance del derecho internacional privado laboral colombiano.

Entre esas experiencias destaca la estrategia de la Unión Europea. El Reglamento (CE) 593/2008, conocido como Roma I, es la norma aplicable al contrato de trabajo internacional en todos los Estados miembros (Unión Europea, 2008; Carrascosa, 2023). Su artículo 8 contiene la principal norma de conflicto especializada para los contratos laborales internacionales, construida sobre una utilización escalonada de puntos de conexión que permiten determinar la ley material del

caso a partir de criterios objetivos relacionados con el *iter* contractual y la prestación del servicio, y no con la favorabilidad de las normas (Carrascosa, 2023). La disposición persigue, además, evitar el abuso de las cláusulas de elección de ley: dado el carácter asimétrico de las relaciones de trabajo, la imposición de un derecho sustancial podría representar una renuncia del trabajador a derechos que de otra forma le corresponderían. Por ello, el apartado 1 del artículo 8 admite la elección de ley por las partes, pero advierte que esta «no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» conforme a la ley que habría regido a falta de elección (Unión Europea, 2008, art. 8.1). El precepto comienza delimitando el concepto de contrato de trabajo a partir del criterio del servicio personal, voluntario y subordinado en beneficio de un tercero, cubriendo también las relaciones laborales de hecho, en fórmula análoga al principio de primacía de la realidad y a la noción de contrato realidad del derecho colombiano. Instrumentos internacionales como la herramienta de evaluación de acuerdos bilaterales de migración laboral de la OIT y la Organización Internacional para las Migraciones (OIT y OIM, 2019) ofrecen, adicionalmente, criterios para que los Estados articulen soluciones convencionales en la materia.

6. CONCLUSIONES

Primera. El ordenamiento jurídico colombiano ofrece a los trabajadores dependientes un régimen protector robusto, anclado en la Constitución de 1991 y desarrollado por el Código Sustantivo del Trabajo, pero concebido desde la perspectiva del trabajo subordinado ejecutado en el territorio nacional, de modo que su aplicación a las relaciones con elementos extranjeros no puede darse por supuesta.

Segunda. El derecho comparado muestra fórmulas más evolucionadas que la colombiana: Argentina extiende su ley a los contratos celebrados fuera del país que se ejecuten en su territorio; España proyecta expresamente su legislación sobre los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, garantizándoles un piso de derechos económicos; y la Unión Europea, mediante el artículo 8 del Reglamento Roma I, ofrece una norma de conflicto especializada con puntos de conexión escalonados y controles frente al abuso de las cláusulas de elección de ley.

Tercera. En Colombia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha moderado el rigor del principio de territorialidad del artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo mediante dos excepciones —la subordinación ejercida desde el territorio nacional y el pacto de ley colombiana— y ha transitado desde la negación de la autonomía de la voluntad hasta su admisión condicionada a la favorabilidad y al orden público laboral. Subsisten, no obstante, vacíos significativos en materia de seguridad social del trabajador que presta servicios permanentes en el exterior, particularmente en salud y riesgos laborales, cuya cobertura esencialmente territorial exige soluciones convencionales o de aseguramiento internacional.

Cuarta. Se propone, como línea de reflexión futura, exhortar a la Organización Internacional del Trabajo para que, mediante una recomendación, promueva que los Estados faciliten a las partes la fijación, por medio de la autonomía de la voluntad, de la legislación que rija el contrato de trabajo transnacional, acompañada de garantías mínimas irrenunciables que impidan que la elección de ley se convierta en instrumento de renuncia de derechos. Colombia, entre tanto, haría bien en avanzar hacia una norma de conflicto laboral especializada, inspirada en la técnica escalonada del Reglamento Roma I, que dote de seguridad jurídica a empleadores y trabajadores del creciente mercado transnacional de servicios. En la práctica colombiana, una apertura mayor a la autonomía de la voluntad —sea mediante la reforma del artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo o mediante la consolidación jurisprudencial de la línea ya trazada por la Corte Suprema de Justicia— permitiría a los trabajadores colombianos vinculados por contratos internacionales elegir la ley aplicable, con cláusulas de protección mínima garantizadas por el artículo 53 de la Constitución.

REFERENCIAS

- Álvarez Sánchez, M. (2014). *El contrato de trabajo internacional y su regulación en derecho internacional privado español* [Trabajo de grado, Universidad de La Laguna]. Repositorio institucional RIULL. <https://riull.ull.es>
- Argentina. (1974). *Ley 20.744, Régimen de Contrato de Trabajo*. Boletín Oficial de la República Argentina.
- Barrero Valencia, I. A., y Anaya Kerguelen, M. I. (2021). *El principio de territorialidad en las relaciones laborales con elementos extranjeros* [Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio institucional. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/53872>

- Cardona Rubert, M. B. (2003). Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, (9).
- Carrascosa González, J. (2004). Globalización y derecho internacional privado en el siglo XXI. *Anales de Derecho*, (22).
- Carrascosa González, J. (2023). El contrato internacional de trabajo. En A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de derecho internacional privado*. Tirant lo Blanch.
- Clerc, C. (2013). El derecho internacional privado y los procesos globalizadores. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16(32), 15–30.
- Colombia. (1887). *Ley 57 de 1887, Código Civil*. Diario Oficial.
- Colombia. (1950). *Decreto Ley 2663 de 1950, Código Sustantivo del Trabajo*. Diario Oficial No. 27.407.
- Colombia. (1990). *Ley 50 de 1990, por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo*. Diario Oficial No. 39.618.
- Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional No. 116.
- Colombia. (1993). *Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral*. Diario Oficial No. 41.148.
- Colombia. (2003). *Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones*. Diario Oficial No. 45.079.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia T-1021 de 2008*. <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. (1998, 22 de abril). *Sentencia rad. 10461*.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. (2009, 18 de noviembre). *Sentencia rad. 37321*.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. (2017, 29 de marzo). *Sentencia rad. 39747*.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. (2018). *Sentencia SL1166-2018*.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. (2020, 29 de septiembre). *Sentencia rad. 75970*.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (2021a, 23 de junio). *Sentencia SC2502-2021, rad. 2014-01811-01*.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. (2021b, 29 de septiembre). *Sentencia rad. 73599*.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. (2024a). *Sentencia SL2265-2024*.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. (2024b, 13 de marzo). *Sentencia rad. 88470*.

Díaz, L., y Mercado, S. (2024). Impacto de la inteligencia artificial en las relaciones laborales. *Revista Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Universidad Externado de Colombia.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/dtss/article/view/9383/16283>

España. (1889). *Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil*. Gaceta de Madrid.

España. (2015). *Real Decreto Legislativo 2/2015, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Boletín Oficial del Estado No. 255.

Goldschmidt, W. (1952). *Sistema y filosofía del derecho internacional privado* (2.^a ed., T. I). Ediciones Jurídicas Europa-América.

Jaramillo Jassir, I. D. (2015). *Derecho del trabajo en el posfordismo: el proyecto de regulación universal en la globalización económica*. Universidad del Rosario.

México. (1970). *Ley Federal del Trabajo*. Diario Oficial de la Federación.

México. (1974). *Ley General de Población*. Diario Oficial de la Federación.

Migración Colombia. (2019). *Boletín anual de estadísticas de flujos migratorios*. Ministerio de Relaciones Exteriores.

Ministerio del Trabajo. (2014). *Concepto 161586*.

Monroy Cabra, M. G. (2006). *Tratado de derecho internacional privado* (6.^a ed.). Temis.

Muñiz, J. F. C. (2018). *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores: los retos del derecho del trabajo y de la seguridad social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*. Editorial Reus.

Murgas Torrazza, R. (2003). Contrato de trabajo transnacional. *Gaceta Laboral*, 9(3), 417–432.
<https://www.redalyc.org/pdf/336/33609305.pdf>

Ordóñez Penagos, N. R. (2017). Controversias laborales con elementos extranjeros en el derecho colombiano. *Misión Jurídica*, 11(15), 239–260. <https://doi.org/10.25058/1794600X.906>

Organización Internacional del Trabajo. (1949). *Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado)*.

Organización Internacional del Trabajo y Organización Internacional para las Migraciones. (2019). *Tool for the assessment of bilateral labour migration agreements*.

Puig Hernández, C. A. (2014). *Las normas internacionales de la Ley Federal del Trabajo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3809/17.pdf>

Unión Europea. (2008). *Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*. Diario Oficial de la Unión Europea L 177.

Verdugo Matés, R. M. (2022). *Las migraciones internacionales entre 1990 y 2010. Análisis de África Occidental a partir de las estadísticas*. <https://www.redalyc.org/journal/586/58671345005/html/>

Zamora, R. (2011). El contrato laboral transnacional y la seguridad social. *Revista Judicial*, (102). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27680.pdf>



JURISPRUDENCIA COMENTADA

Inteligencia artificial, debido proceso y salud: comentario
a la Sentencia T-323 de 2024
Luz Estela Tobón Berrio

Sentencia T-350 de 2025 de la Corte Constitucional: la
tutela de Luciana
Wainy Gutiérrez Ardila

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Inteligencia artificial, debido proceso y salud: comentario a la Sentencia T-323 de 2024

*Artificial Intelligence, Due Process and Health:
Commentary on Judgment T-323 of 2024*

Luz Estela Tobón Berrío

Profesora, Departamento de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

Correo de correspondencia: letobon@uninorte.edu.co

RESUMEN

La Sentencia T-323 de 2024 examina el empleo de ChatGPT en la elaboración de un fallo de tutela sobre el derecho a la salud. La Corte Constitucional fija criterios orientadores para preservar el debido proceso ante el uso de la IA generativa por el juez. Este comentario sostiene que la decisión resulta jurídicamente consistente al prohibir la sustitución del razonamiento judicial y al reforzar las condiciones materiales de acceso a los servicios de salud. La eficacia preventiva de los estándares dependerá de concretar los criterios de transparencia, de responsabilidad y de privacidad en deberes procesales verificables que permitan su control y contradicción efectiva.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial, función judicial, riesgos algorítmicos, debido proceso, derecho a la salud.

ABSTRACT

Judgment T-323 of 2024 examines the use of ChatGPT in drafting a ruling on a constitutional action concerning the right to health. It establishes criteria to safeguard due process when judges use generative AI. This commentary argues that the Court adopts a sound approach by prohibiting the substitution of judicial reasoning and strengthening material access to healthcare. However, the preventive effectiveness of this standard will depend on translating the criteria of transparency, accountability, and privacy into verifiable procedural duties that allow for effective scrutiny and challenge.

KEYWORDS

Artificial intelligence, judicial function, algorithmic risks, due process, right to health.

ORIGEN DEL TEXTO	USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Comentario jurisprudencial inédito, elaborado para la sección Jurisprudencia Comentada de la Revista Actualidad Jurídica.	Se empleó inteligencia artificial generativa como apoyo de organización y revisión de estilo. La selección de fuentes, la reconstrucción de la <i>ratio decidendi</i> , el análisis crítico y la versión final fueron objeto de revisión y validación intelectual de la autora.

1. IDENTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN

CORPORACIÓN	Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión
PROVIDENCIA	Sentencia T-323 de 2024
FECHA	2 de agosto de 2024
EXPEDIENTE	T-9.301.656
MAGISTRADO SUSTANCIADOR	Juan Carlos Cortés González
TEMA CENTRAL	Límites constitucionales al uso de inteligencia artificial generativa en la decisión judicial y garantía del derecho a la salud de un niño con trastorno del espectro autista.

2. HECHOS RELEVANTES Y PROBLEMA JURÍDICO

La madre de un niño diagnosticado con trastorno del espectro autista promovió tutela contra su EPS. Alegó que carecía de recursos para cubrir copagos, cuotas moderadoras y desplazamientos a las terapias. La Corte verificó que el núcleo familiar se encontraba en pobreza extrema y que el niño requería atención médica para su rehabilitación. En primera instancia se ordenó la exoneración de cobros y la provisión del servicio de transporte para las terapias prescritas. La segunda instancia confirmó el amparo.

La singularidad del expediente radicó en que el juez de segunda instancia anunció el uso de ChatGPT 3.5 para «extender» su argumentación. En revisión, el juez explicó que había construido la decisión sobre el caso con fuentes jurídicas tradicionales y que la consulta a la IA fue un complemento destinado a optimizar la redacción. Pero, el juez incluyó expresamente en la providencia las preguntas que formuló a la herramienta y las respuestas que el sistema generó. Los temas consultados fueron sobre la exoneración de cobros, la procedencia de la tutela y el precedente aplicable. La respuesta de la IA fue imprecisa, atribuyó erróneamente a la Ley 1753 de 2015 la

regulación de la exoneración de cuotas moderadoras para niños, niñas y adolescentes con diagnóstico de trastorno del espectro autista. El juez citó en la providencia la fuente normativa incorrecta generada por la IA, sin haberla verificado.

Problema jurídico

¿Vulnera el debido proceso, particularmente las garantías de juez natural y de motivación, que el juez incorpore en la sentencia respuestas generadas por una herramienta de inteligencia artificial, y qué condiciones constitucionales rigen este uso?

En el plano prestacional, el debate consistía en determinar si la EPS debía eliminar barreras económicas y administrativas —copagos y transporte— para asegurar el acceso efectivo del niño a los servicios de salud.

3. *Ratio decidendi* Y ALCANCE DE LA DECISIÓN

La Sala concluyó que no se vulneró el debido proceso en el caso concreto. La premisa mayor del razonamiento parte del carácter indelegable de las funciones jurisdiccionales de interpretar los hechos, valorar las pruebas, motivar y decidir. El ejercicio de estas funciones exige racionalidad y responsabilidad humana. La premisa menor consistió en que el juez de circuito había construido de forma previa la solución, a partir de las normas y el precedente. La consulta a ChatGPT no intervino en la valoración probatoria ni sustituyó su decisión. No se presentó el reemplazo del juez natural, por tanto, no se produjo la invalidez de la actuación (Corte Constitucional de Colombia, 2024, párrs. 359 y 375).

La subregla que emerge no supone una autorización general para el uso de IA en la función judicial. Cuando el uso de una herramienta generativa no especializada se limita a suministrar un apoyo auxiliar y no reemplaza el razonamiento judicial sobre los hechos, las pruebas, el derecho aplicable o la decisión, no se configura una lesión del debido proceso. Sin embargo, el funcionario debe satisfacer las cargas de transparencia, de responsabilidad y de privacidad. La Corte entendió la transparencia como el deber de revelar el uso de la herramienta y de los datos suministrados por la IA, precisar el alcance de su utilización y la ubicación de los resultados generados por el sistema en la decisión. La responsabilidad comprende la verificación de la información generada, la valoración

de la idoneidad de la herramienta y el reconocimiento de sus limitaciones. La privacidad exige la protección reforzada de datos personales y sensibles involucrados en su uso (Corte Constitucional de Colombia, 2024, párrs. 371–373). Estas exigencias cuentan con antecedentes en los estándares internacionales sobre inteligencia artificial. La Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO de 2021 ya incorporaba la transparencia, la responsabilidad humana y la protección de la privacidad como garantías para el uso de la IA compatible con los derechos humanos. En particular, reafirma que responsabilidad última por las decisiones adoptadas con apoyo de estos sistemas recae sobre las personas (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], 2021).

Cargas en el uso judicial de la IA generativa

CARGA 1 Transparencia Revelar el uso, los datos, el alcance, la ubicación de los resultados en la actuación.	CARGA 2 Responsabilidad Verificar la información, dar cuenta de la idoneidad de la herramienta y comprender las limitaciones.	CARGA 3 Privacidad Proteger de forma reforzada los datos personales y sensibles.
--	---	--

Figura 1. Cargas del funcionario judicial que usa IA generativa (Corte Constitucional de Colombia, 2024, párrs. 371–373).
Elaboración propia.

El fallo también formuló doce criterios orientadores. Entre ellos, la no sustitución de la racionalidad humana, que impide delegar en la IA el razonamiento y la decisión judicial. La seriedad y verificación, que exige examinar sus fuentes, limitaciones y riesgos. La prevención de riesgos, frente a posibles imprecisiones, alucinaciones o sesgos. La igualdad y equidad, dirigida a evitar resultados discriminatorios. La idoneidad, referida al uso adecuado de la IA para facilitar el acceso a la justicia y reducir las cargas de la gestión judicial. (Corte Constitucional de Colombia, 2024, párr. 423).

En materia de salud, la decisión consolida dos reglas. Primero, los copagos y las cuotas moderadoras son inconstitucionales cuando la carencia de recursos económicos y la condición de especial protección se convierten en una barrera de acceso al servicio de salud. Segundo, el transporte debe cubrirse, incluso para el acompañante, cuando sea indispensable para acceder a la atención en salud, y el paciente o su familia carezcan de recursos para asumir su costo. La Corte

amplió la orden para cubrir todos los desplazamientos médicos, asistenciales o diagnósticos que el niño requiriera, no solo las terapias inicialmente prescritas. También exigió que la EPS comunique eficazmente la exoneración a las IPS, pues sus fallas internas no pueden trasladarse al usuario (Corte Constitucional de Colombia, 2024, párrs. 392–403).

4. ANÁLISIS CRÍTICO: UNA REGLA NECESARIA, AÚN INCOMPLETA

La sentencia constituye un hito en la jurisprudencia colombiana, al delimitar el ámbito de utilización de la IA generativa en la función judicial. Reconoce el potencial de la IA como herramienta para la gestión documental, apoyo para la corrección y la síntesis de textos. Excluye su empleo para sustituir el razonamiento y la responsabilidad propios de la tarea judicial. Establece así un límite a la utilización de estos sistemas, de forma que su aparente eficiencia no pueda ser invocada para justificar la delegación de la función jurisdiccional.

La conexión entre motivación, juez natural e independencia judicial es sólida. Una providencia solo puede ser objeto de control y contradicción si las razones que la sustentan son atribuibles a una persona competente, identificable y responsable. Esta exigencia coincide con la concepción de la motivación como un deber del juez y un derecho de los ciudadanos en el marco del derecho fundamental al debido proceso (Corte Constitucional de Colombia, 2024).

Ahora bien, resulta acertada la conclusión sobre la validez de lo actuado en el caso concreto. La estructura de la sentencia de segunda instancia permitía establecer que el juez había identificado el precedente aplicable y resuelto la controversia antes de incorporar las respuestas generadas por ChatGPT. Anular el fallo, pese a que el uso de la IA no fue determinante, habría supuesto atribuir a un uso inadecuado de la herramienta, las mismas consecuencias jurídicas que a la sustitución de la función jurisdiccional. La Corte identificó el defecto en el uso de la herramienta. La transcripción en la sentencia de las preguntas formuladas y las respuestas generadas por la IA no satisface el deber de transparencia. A ello se suma que la referencia errónea a la Ley 1753 de 2015 evidencia una verificación insuficiente de la información suministrada por el sistema. En la decisión de mantener la validez de lo actuado resultaba relevante que el fallo era favorable al niño, pues su eventual anulación podía comprometer la protección de sus derechos prevalentes.

El estándar fijado por la Corte para el uso de la IA plantea una dificultad en su aplicación futura. La providencia enumera principios y deberes que deben orientar la utilización, pero no define con suficiente precisión cuándo su incumplimiento afecta la validez de una decisión ni cuál debe ser el remedio procesal. Por ejemplo, si el juez omite revelar una consulta que influyó en la selección del precedente ¿opera nulidad, defecto fáctico o sustantivo, implica un deber de corrección? La respuesta no puede quedar supeditada a la declaración posterior del funcionario judicial sobre la incidencia de la IA en el fallo. Para hacer efectiva la contradicción, los lineamientos deberían exigir un registro auditable de la herramienta, versión, instrucciones, fuentes o documentos suministrados, respuestas relevantes y verificación humana realizada. Solo así las partes podrán cuestionar el verdadero alcance del apoyo algorítmico.

La posición de la Corte presenta una tensión entre la recomendación de evitar sistemas de «caja negra» y la aceptación condicionada de ChatGPT, cuya arquitectura y entrenamiento no son plenamente auditables por el juez o las partes.

Más que una prohibición absoluta, la aproximación institucional conduce a graduar los usos según el riesgo. La corrección de estilo o la clasificación documental admiten un umbral menor de control. En cambio, las tareas que inciden en pruebas, selección de fuentes, calificación jurídica o redacción de razones decisorias, requieren trazabilidad reforzada, datos anonimizados y control humano documentado. El valor de la sentencia T-323 de 2024 está en abrir esta arquitectura de garantías. Pero presenta un límite, deja la concreción de los criterios establecidos como labor a desarrollar por la propia Rama judicial. Esta necesidad de avanzar desde principios generales hacia reglas más específicas también se advierte en desarrollos internacionales posteriores. Las Directrices para el uso de sistemas de IA en cortes y tribunales de la UNESCO proponen un marco para la adopción, la gobernanza y la supervisión de los sistemas algorítmicos en el ámbito judicial (Gutiérrez, 2025).

Finalmente, el componente sanitario impide reducir la sentencia a un pronunciamiento sobre uso judicial de la tecnología. La Corte muestra que la accesibilidad a los servicios de salud no se satisface con la autorización formal de una prestación. Si la EPS no logra que la IPS aplique la exoneración de copagos, de cuotas moderadoras o restringe el transporte a una única modalidad de atención, persiste una barrera incompatible con la garantía integral del derecho a la salud. La orden

de incluir el transporte en las medidas de protección es consistente con el precedente que reconoce su cobertura como prestación exigible, cuando la incapacidad económica del paciente y su familia lo convierte en condición de acceso real (Corte Constitucional de Colombia, 2024).

5. CONCLUSIONES

La sentencia T-323 de 2024 fija una regla de prudencia constitucional, al admitir la inteligencia artificial como herramienta de asistencia, pero excluir su intervención en la decisión. La no sustitución del juicio humano por sistemas de IA preserva la titularidad de la función jurisdiccional. Las exigencias de transparencia, responsabilidad y privacidad, obligan a revelar su uso, verificar la información generada y proteger los datos personales. Estos principios buscan que la intervención de la IA pueda ser conocida, controlada y controvertida. La sentencia es novedosa y conceptualmente robusta, aunque su efectividad exige protocolos y un desarrollo normativo que conviertan los principios establecidos en deberes verificables y en remedios definidos frente a su infracción.

Los principios formulados por la Corte tuvieron un desarrollo posterior en el Acuerdo PCSJA24-12243 de 2024 del Consejo Superior de la Judicatura. Este instrumento establece reglas sobre los usos, límites y mecanismos de supervisión de la IA en la actividad judicial. Sin embargo, permanece abierta una cuestión relevante desde la perspectiva procesal, no se determina cuándo la infracción tiene entidad suficiente para afectar la validez de la providencia ni cuál debe ser la respuesta procesal aplicable. En general, no se establecen las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de estos deberes.

Desde otro ángulo, la decisión de la Corte reafirma que el derecho a la salud se vulnera tanto por la negación expresa de una prestación, como por la imposición de barreras administrativas que hacen ilusoria una autorización. Para un niño en situación de vulnerabilidad, la exoneración de cobros y la cobertura del transporte oportuno no son beneficios accesorios, son condiciones materiales para garantizar continuidad de la atención, la accesibilidad efectiva a la salud y la protección a su dignidad. La doble dimensión del fallo, justicia digital y salud inclusiva, explica su relevancia como precedente para una administración de justicia tecnológicamente asistida, pero constitucionalmente humana.

REFERENCIAS

Consejo Superior de la Judicatura. (2024, 16 de diciembre). *Acuerdo PCSJA24-12243 de 2024: Por el cual se adoptan lineamientos para el uso y aprovechamiento respetuoso, responsable, seguro y ético de la inteligencia artificial en la Rama Judicial*. Rama Judicial.

Corte Constitucional de Colombia. (2024, 2 de agosto). *Sentencia T-323 de 2024* (M. P. Juan Carlos Cortés González). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-323-24.htm>

Gutiérrez, J. D. (2025). *Guidelines for the use of AI systems in courts and tribunals*. UNESCO. <https://doi.org/10.58338/LIEY8089>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2021). *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. UNESCO.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia T-350 de 2025 de la Corte Constitucional: la tutela de Luciana

*Colombian Constitutional Court, Judgment T-350
of 2025: Luciana's Tutela Action*

Wainy Gutiérrez Ardila

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

Correo de correspondencia: ardilaw@uninorte.edu.co

RESUMEN

La Corte Constitucional amparó el debido proceso de una niña de diez años que presentó por sí misma una acción de tutela contra la decisión que aprobó, sin escucharla, un régimen de visitas con su padre biológico. La Corte concluyó que el juzgado ignoró su opinión y los informes psicológicos, dejó sin efectos el acuerdo y ordenó reiniciar el proceso con participación real de la menor y con enfoque de curso de vida. Además, redactó una síntesis en lenguaje claro dirigida a ella.

PALABRAS CLAVE¹

Derechos del niño, derecho constitucional, familia.

ABSTRACT

The Constitutional Court protected the right to due process of a ten-year-old girl who filed a tutela action on her own against the decision that approved, without hearing her, a visitation arrangement with her biological father. The Court found that the family court disregarded her views and the psychological reports, set the agreement aside and ordered the proceedings to restart with the child's genuine participation and a life-course approach. It also drafted a plain-language summary addressed to her.

KEYWORDS

Rights of the child, constitutional law, family.

ORIGEN DEL TEXTO

Texto elaborado para su publicación en revista académica, como jurisprudencia comentada sobre la Sentencia T-350 de 2025 de la Corte Constitucional de Colombia.

1. IDENTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN

CORPORACIÓN	Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión
PROVIDENCIA	Sentencia T-350 de 2025
FECHA	21 de agosto de 2025
EXPEDIENTE	T-10.667.157
MAGISTRADO PONENTE	Miguel Polo Rosero
TEMA CENTRAL	Derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados durante el proceso y deber del juez de aplicar el enfoque de curso de vida al aprobar acuerdos conciliatorios.

2. HECHOS RELEVANTES

Luciana, una niña de diez años, vive con su madre, su padrastro —a quien considera su papá— y su abuela. Su padre biológico estuvo ausente durante años: no la visitaba, faltaba a sus cumpleaños y la dejaba esperando, y se limitaba a pagar la cuota alimentaria. En 2023 reapareció y demandó la regulación de visitas.

Durante el proceso, una valoración psicológica del ICBF halló ansiedad en la niña y ausencia de vínculo afectivo con el padre, y recomendó expresamente al juez tener en cuenta su opinión, conforme al artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia. En el expediente constaba también una evaluación de 2018, cuando la niña tenía tres años, que ya evidenciaba carencia afectiva por el alejamiento paterno.

El 15 de agosto de 2024 los padres conciliaron visitas quincenales de dos horas, y el juzgado aprobó el acuerdo sin escuchar a la niña, cuya única participación se dio a través de su madre. Luciana, que conoció la tutela en su colegio y redactó la acción por sí misma, la presentó el 19 de septiembre de 2024. El Tribunal Superior negó el amparo del debido proceso y ordenó un plan de acercamiento con el padre. Ese plan fracasó: la niña sufrió crisis de ansiedad en los encuentros. Ya en sede de revisión, la Corte recibió directamente su testimonio.

3. PROBLEMA JURÍDICO

¿Incurrió el juzgado de familia en defecto fáctico y en defecto sustantivo, y con ello vulneró el debido proceso de una menor, al aprobar una conciliación de visitas sin garantizar su participación ni valorar su opinión?

La pregunta comprende dos aspectos. Primero, si el juez podía limitarse a constatar el ánimo conciliatorio de los padres. Segundo, si debió valorar los informes psicológicos que recomendaban escuchar a la niña y advertían la ausencia de un entorno familiar seguro.

4. *Ratio decidendi*

La Corte partió de la procedencia de la tutela. Reconoció que un niño puede presentarla directamente, sin representante, y aplicó con flexibilidad el principio *iura novit curia*, porque la accionante no podía señalar los defectos con precisión técnica. Consideró, además, que el proceso ordinario no era eficaz para ella, ya que un menor no puede pedir por sí mismo la modificación de las visitas y depende de terceros para hacerse oír.

En el fondo, la decisión se apoya en tres ideas encadenadas. La primera es que el derecho a ser escuchado forma parte del debido proceso (artículo 29 de la Constitución) y del interés superior del menor (artículo 44 de la Constitución y artículos 8, 9 y 26 de la Ley 1098 de 2006). Escuchar no significa obedecer: la opinión se pondera según la madurez de cada niño, que depende de su entorno y no de su edad biológica, y el juez debe apoyarse en peritajes interdisciplinarios para hacerlo.

La segunda es que el régimen de visitas es un derecho de doble vía, de padres e hijos, pero exige un entorno familiar seguro y relaciones equilibradas entre los progenitores. Cuando faltan esas condiciones, las visitas pueden limitarse o suspenderse. Por eso el juez debe aplicar un enfoque de curso de vida, es decir, medir el efecto de su decisión a mediano y largo plazo, integrar peritajes y garantizar coordinación y seguimiento.

La tercera es que la conciliación no es un trámite formal. En la audiencia, el juez debe hacer un control material del acuerdo, y no basta con verificar el consentimiento de los padres si esa voluntad ignora al niño. Aplicado al caso, la Corte halló un defecto fáctico, porque el juzgado omitió valorar

el informe de 2018, el de 2024 y la visita domiciliaria, que apuntaban a escuchar a la niña. También halló un defecto sustantivo, por desconocer los artículos 6, 8, 9 y 26 de la Ley 1098 de 2006 y los artículos 29 y 44 de la Constitución. Consideró que el rechazo de la niña no era manipulación, sino una reacción coherente con su historia de abandono afectivo. Ordenó reiniciar el proceso y fijó una regla clara: si, tras los estudios interdisciplinarios, la niña persiste de forma consistente en su negativa, esa decisión debe respetarse y no pueden ordenarse contactos forzados.

5. ANÁLISIS CRÍTICO

Comparto la decisión y considero que marca un avance real en el derecho de familia colombiano. El primer paso es reconocer que el niño no es solo objeto de protección, sino sujeto activo del proceso. Durante mucho tiempo, la justicia de familia decidió sobre los niños hablando con los adultos que los rodean, y la sentencia lo corrige con una idea sencilla: la representación de la madre no equivale a la voz de la hija. En este proceso no se abrió la posibilidad de que Luciana —el sujeto protegido y, por tanto, a quien más se debía escuchar— se expresara y contara qué era lo que realmente quería; por eso, la Corte trata esa omisión como una falla constitucional y no como un descuido menor.

El segundo mérito es que la edad deja de ser un límite automático. La Corte retoma su jurisprudencia según la cual la madurez se evalúa caso por caso, y no de forma automática a partir de la edad, porque factores como el entorno, la educación y el desarrollo del menor son claves para entender la importancia de su participación. La Corte la lleva a una consecuencia concreta: una niña de diez años que expresa de forma reiterada y coherente su rechazo debe ser tomada en serio. Esto conecta con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989) y con la Observación general n.º 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009), que exigen dar a la opinión del niño el peso debido en función de su edad y madurez. Con esta sentencia, ese estándar deja de ser una declaración general y se vuelve una obligación con contenido operativo para el juez.

Tercero, la sentencia rompe barreras de acceso. Una niña aprendió en el colegio que existía la tutela, la usó desde su casa y fue escuchada por el máximo tribunal constitucional, que la legitimó por activa, flexibilizó el análisis de procedencia y reconoció su papel. El mensaje para escuelas, docentes y familias es claro: enseñar a los niños mecanismos de protección de derechos funciona, y

la justicia debe estar preparada para recibir sus peticiones, que son tan válidas como las de cualquier ciudadano y que, por la edad de quien las formula, no dejan de ser importantes y trascendentes en las decisiones que se toman a diario. Si hoy el caso de referencia es el de Luciana, mañana debe serlo el de cada uno de los niños, niñas y adolescentes del país que quieren ser escuchados y que aún encuentran barreras para acceder a la justicia.

Cuarto, el lenguaje. La Corte incluyó una carta dirigida a Luciana, en lenguaje sencillo y con letra amigable, que explica qué es la tutela, qué decidieron los jueces y qué pasará ahora. Esto va más allá de la cortesía o de la formalidad: es una decisión activa de hacer llegar el mensaje a la persona más interesada y de traducir un lenguaje técnico, porque una decisión que afecta a un niño y que él no puede comprender es una decisión a medias. Al trasladar el derecho a un lenguaje accesible, la Corte cumple con la garantía de comprensión que sostiene toda participación real y abre un camino que otros tribunales, jueces e incluso cualquier autoridad pública deberían seguir en los casos cuyos protagonistas son menores.

Quinto, el enfoque de curso de vida ofrece al juez una herramienta práctica. Pedirle que piense en las consecuencias emocionales y sociales a mediano plazo, que integre la psicología, el trabajo social y la pedagogía, y que articule su decisión con las instituciones de seguimiento corrige la lógica de resolver el conflicto de los adultos y pasar al siguiente expediente. Cada caso es un mundo y merece la debida atención, como la valoración psicológica, que ayudó a entender que Luciana tenía voz y opinión en el proceso.

Aun así, la sentencia deja preguntas abiertas que conviene señalar. La primera: ¿cómo se evaluará en la práctica la madurez de un niño? Luciana dijo estar cansada de repetir su historia a cada profesional, y la Corte reconoce que la intervención del ICBF resultó contraproducente. La segunda es el equilibrio con el derecho del padre, quien también expresó un interés genuino en recuperar el vínculo, pese a sus años de ausencia. La Corte responde que los derechos de los niños prevalecen y que los derechos parentales dependen del cumplimiento de los deberes, incluidos los afectivos, pero deja al juez la difícil tarea de decidir cuándo una negativa persistente es definitiva y cuándo puede reconstruirse el vínculo sin afectar los derechos del niño. Finalmente, el informe del ICBF sugería que la niña pudo recibir de los adultos información que influyó en su forma de expresarse. La Corte descarta la manipulación con base en su historia y en su testimonio; es una

conclusión razonable, pero el nuevo proceso tendrá que sostenerla con una evaluación técnica sólida para que no dependa de una impresión.

Estas dudas no restan valor al fallo; al contrario, muestran que la sentencia abre una conversación jurídica necesaria sobre cómo pasar de escuchar en abstracto a escuchar bien, y a escucharlos a todos. Los niños no tienen menos derecho a ser oídos por su edad, ni esta puede ser excusa para excluirlos de los procesos: parte de proteger sus derechos consiste en escucharlos y atender sus peticiones. El derecho debe trabajar junto a la niñez, y no solo para ella.

6. CONCLUSIÓN

La Sentencia T-350 de 2025 consolida una lectura sustancial del debido proceso de los niños: ser escuchado no es una cortesía procesal, sino una garantía que condiciona la validez de las decisiones que los afectan. Al exigir del juez de familia un control material de los acuerdos conciliatorios, la aplicación del enfoque de curso de vida y la abstención de imponer contactos forzados frente a un rechazo consistente y comprendido, la Corte fortalece el principio del interés superior como criterio operativo y no meramente retórico.

Su valor trasciende el caso. Legitima la tutela como herramienta al alcance de los propios niños, flexibiliza en su favor las exigencias formales y ofrece un modelo de comunicación judicial en lenguaje claro. La providencia debe leerse como una invitación a que la justicia de familia deje de decidir *sobre* los niños y aprenda a decidir *con* ellos.

NOTA

¹ Descriptores tomados del Tesauro de la UNESCO. UNESCO. (s. f.). *Tesauro de la UNESCO*. Recuperado el 29 de septiembre de 2026, de <https://vocabularies.unesco.org/browse/thesaurus/es/>

REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño* (Resolución 44/25).

Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación general n.º 12: el derecho del niño a ser escuchado* (CRC/C/GC/12). Naciones Unidas.

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). *Ley 1098 de 2006: Código de la Infancia y la Adolescencia*. Diario Oficial n.º 46.446.

Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Constitucional n.º 116.

Corte Constitucional de Colombia. (2025, 21 de agosto). *Sentencia T-350 de 2025* (M. P. Miguel Polo Rosero). Expediente T-10.667.157.

V

DERECHO, CIENCIA POLÍTICA, RELACIONES INTERNACIONALES Y CINE

¿Puede una sentencia legal ser injusta? *The Green Mile*
Lucero Armenta Osorio

La costumbre como forma de producción normativa en
La source des femmes
Luis Fernando Bermeo Álvarez

Sin Piedad (2026): inteligencia artificial y
dignidad humana
Juan Pablo Isaza Gutiérrez

DERECHO Y CINE

¿Puede una sentencia legal ser injusta? *The Green Mile* entre derecho y derechos humanos

*Can a legal sentence be unjust?
The Green Mile between law and
human rights*

Lucero Armenta Osorio

Programa de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia
luceroa@uninorte.edu.co

RESUMEN

Este ensayo analiza la relación entre legalidad y justicia a partir de la película *The Green Mile* (1999). A través del caso de John Coffey, un hombre condenado a muerte por un crimen que no cometió, se examina si una sentencia jurídicamente válida puede resultar profundamente injusta. Para ello, se recurre a la teoría del derecho y al enfoque de los derechos humanos, con especial atención al positivismo jurídico, el debido proceso y el impacto de los prejuicios raciales en la administración de justicia. Se concluye que la legalidad, por sí sola, no constituye una garantía suficiente de justicia.

PALABRAS CLAVE

Justicia; legalidad; positivismo jurídico; derechos humanos; debido proceso.

ABSTRACT

This essay analyses the relationship between legality and justice through the film The Green Mile (1999). Through the case of John Coffey, a man sentenced to death for a crime he did not commit, it examines whether a legally valid judgement can be profoundly unjust. To this end, it draws on legal theory and the human rights approach, with particular attention to legal positivism, due process and the impact of racial prejudice on the administration of justice. It concludes that legality alone is not a sufficient guarantee of justice.

KEYWORDS

Justice; legality; legal positivism; human rights; due process.

FICHA TÉCNICA

TÍTULO	<i>The Green Mile (Milagros inesperados)</i>
DIRECCIÓN	Frank Darabont
AÑO / PAÍS	1999 · Estados Unidos
DURACIÓN	189 min.
FUENTE	Basada en la novela homónima de Stephen King (1996).

INTRODUCCIÓN

Planteamiento. La película sigue la historia de John Coffey, un hombre condenado a muerte por el asesinato de dos niñas y recluido en el corredor de la muerte de una prisión de Luisiana. A partir de su caso, la obra plantea un debate jurídico sobre la relación entre legalidad y justicia, cuestionando si una sentencia puede considerarse legítima cuando, pese a haber sido dictada conforme a la ley, conduce a un resultado incompatible con los principios fundamentales del derecho.

Normalmente se asume que una decisión judicial ajustada a la ley es, por ese solo hecho, una decisión justa. Sin embargo, la historia jurídica demuestra que la legalidad y la justicia no siempre coinciden; existen casos en los que las instituciones actúan conforme a las normas vigentes, respetando formalmente los procedimientos establecidos, y aun así producen resultados que generan serios cuestionamientos éticos y jurídicos. Esta tensión ha sido objeto de reflexión constante en la filosofía del derecho y continúa siendo relevante en la actualidad, especialmente cuando se analizan situaciones relacionadas con la pena de muerte, los errores judiciales y la protección de los derechos fundamentales.

La película *The Green Mile* (Darabont, 1999) ofrece un escenario particularmente útil para examinar este problema. Ambientada en una prisión estadounidense durante la década de 1930, la obra narra la historia de John Coffey, un hombre negro condenado a muerte por el asesinato de dos niñas. A medida que avanza la trama, surgen elementos que ponen en duda la legitimidad material de la condena y obligan a los personajes —y al espectador— a cuestionarse si el cumplimiento de la ley es suficiente para garantizar una decisión justa.

DESARROLLO

1. Validez formal y contenido moral de la sentencia

Hans Kelsen, uno de los grandes representantes del positivismo jurídico, en su *Teoría pura del derecho* (1934), sostiene que la validez de una norma depende exclusivamente de su conformidad con el sistema jurídico, independientemente de su contenido moral; por lo que una sentencia puede ser válida incluso cuando produzca resultados considerados injustos por determinados sectores de la sociedad. Bajo esta perspectiva, la condena de John Coffey en *The Green Mile* sería «legal» porque se ajusta al procedimiento establecido.

Sin embargo, Gustav Radbruch, tras vivir la experiencia del nazismo, replanteó esta visión en su ensayo *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946): cuando la contradicción entre ley y justicia alcanza un grado intolerable —entendiéndose intolerable como situaciones incompatibles con la dignidad humana básica, especialmente cuando se desconoce deliberadamente la igualdad—, la ley deja de ser derecho. La forma no basta: una sentencia puede ser legal y, al mismo tiempo, radicalmente injusta. En el caso de Coffey, la condena adquiere esta dimensión al recaer sobre una persona inocente en un contexto marcado por la discriminación racial y culminar en una sanción irreversible.

Es correcto pensar que la película parece construida precisamente para cuestionar los límites de esa concepción formalista: aunque las instituciones funcionan aparentemente de acuerdo con la ley, el resultado final genera una sensación de profunda injusticia. La ejecución de un inocente revela que el cumplimiento de las formas procesales no siempre garantiza la protección de los valores que justifican la existencia del derecho. En este sentido, la experiencia de Coffey pone de manifiesto una de las principales críticas formuladas al positivismo jurídico: la posibilidad de que decisiones formalmente correctas produzcan consecuencias incompatibles con la dignidad humana y con las exigencias más elementales de justicia.

Es precisamente ahí donde la obra del filósofo del derecho Ronald Dworkin adquiere especial relevancia. En *Law's Empire* (1986) cuestiona la idea de que el derecho pueda reducirse a la aplicación mecánica de reglas formalmente válidas. Allí desarrolla la noción de «integridad», según la cual el derecho debe ser aplicado de manera consistente con valores fundamentales como la igualdad, la dignidad humana y el respeto por los derechos individuales. Bajo esta óptica, la

condena de John Coffey no constituye únicamente un error judicial, sino una decisión que privilegia la validez formal de la sentencia sobre los principios que deberían orientar la administración de justicia.

2. Derechos humanos, prejuicio racial y debido proceso

La historia adquiere una dimensión aún más relevante cuando se examina desde la perspectiva de los derechos humanos. Después de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional experimentó una transformación profunda orientada a limitar el ejercicio arbitrario del poder estatal. La adopción de la *Universal Declaration of Human Rights* (1948) marcó el reconocimiento de que ciertos derechos pertenecen a toda persona por el simple hecho de ser humana; entre ellos destacan la dignidad, la igualdad ante la ley, las garantías judiciales y el derecho a la vida.

Michelle Alexander (2012) sostiene que, aunque las formas explícitas de discriminación racial han perdido legitimidad social, el sistema de justicia penal estadounidense continúa reproduciendo desigualdades raciales mediante la criminalización desproporcionada de las comunidades afroamericanas; como es sabido, la discriminación no necesita aparecer expresamente en la norma para influir en el resultado, pues puede operar mediante la forma en que determinadas personas son percibidas, acusadas y juzgadas por las instituciones. Según la autora, el sistema ha dejado de orientarse exclusivamente a la prevención y sanción del delito para convertirse también en un mecanismo de control social sobre poblaciones históricamente marginadas (pp. 7, 59).

Esto aún ocurre en la actualidad, precisamente en Estados Unidos, con el caso de Kenneth McCurry, detenido en 2024 (San Francisco Public Defender, 2026), donde la validez formal del proceso penal sirvió para encubrir una injusticia material, puesto que la policía utilizó una infracción menor como pretexto para agredirlo y detenerlo, manipulando el informe oficial para tildar su conducta pacífica de «peligrosa y evasiva», solo por ser negro.

La defensa de Coffey fue inexistente, la valoración de la prueba penal estuvo completamente sesgada por el color de su piel y la celeridad para condenarlo respondió al clamor de una sociedad que exigía un chivo expiatorio rápido. Puede verse cómo la legalidad formal sirvió como la máscara perfecta para camuflar un linchamiento institucionalizado que opera en varios niveles.

TRES PLANOS DEL LINCHAMIENTO INSTITUCIONALIZADO

Plano jurídico

La aplicación formal de las reglas permite que la condena aparezca como válida sin cuestionar su justicia material.

Plano procesal

La ausencia de una defensa efectiva limita las posibilidades de controvertir la acusación.

Plano probatorio

El prejuicio racial condiciona la valoración de los hechos y excluye elementos favorables al acusado.

Es así también como la presión social por encontrar rápidamente un culpable completa este proceso, y mecanismos que aisladamente pueden presentarse como parte del funcionamiento ordinario de la justicia terminan produciendo un resultado injusto al no usarse con rigor y con el contexto adecuado.

Dado el carácter irreversible de la pena de muerte, los Estados deben observar con especial rigor las garantías judiciales; cuando esta pena se impone bajo un proceso discriminatorio o violatorio del debido proceso, se configura una privación arbitraria de la vida.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OC-16/99, PÁRR. 137

Un Estado que vulnera las garantías del acusado pierde de inmediato la legitimidad para castigarlo.

CONCLUSIONES

The Green Mile es el retrato de una sociedad entera que decidió no ver. Ese silencio colectivo es el verdadero acto de denuncia de la película y el llamado a cuestionar la mera aplicación de las reglas. Si una sociedad entera pudo mirar hacia otro lado mientras un inocente pagaba por un crimen que no cometió, ¿cuánto hemos cambiado realmente, o solo aprendimos a disimular mejor la misma indiferencia?

REFERENCIAS

Alexander, M. (2012). *The New Jim Crow: Mass incarceration in the age of colorblindness*. The New Press.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999, 1 de octubre). *Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (Serie A No. 16). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

Darabont, F. (Director). (1999). *The Green Mile* [Película]. Castle Rock Entertainment; Darkwoods Productions.

Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Harvard University Press.

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (R. J. Vernengo, Trad.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. (Obra original publicada en 1960).

King, S. (1996). *The green mile*. Signet.

Radbruch, G. (1946). Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1(5), 105–108.

San Francisco Public Defender. (2026, 9 de julio). *Court dismisses all charges against man after finding police violated Racial Justice Act*. <https://sfpublicdefender.org/2026/07/09/court-dismisses-all-charges-against-man-after-finding-police-violated-racial-justice-act/>

United Nations. (1948). *Universal Declaration of Human Rights*. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

DERECHO Y CINE

***Sin Piedad* (2026): inteligencia artificial, dignidad humana y ética desde la filosofía del derecho**

Juan Pablo Isaza Gutiérrez

Docente, Departamento de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia
jisaza@uninorte.edu.co

RESUMEN

El presente artículo examina la película *Sin Piedad* (2026) como texto jurídico-filosófico que interpela los fundamentos éticos del Estado democrático ante la expansión de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio del poder público. A partir del análisis filmico-jurídico se identifican las tensiones entre racionalidad tecnológica, dignidad humana y garantías constitucionales, articulando el debate con la filosofía moral clásica —Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Bentham y Radbruch— y con la literatura jurídica contemporánea sobre IA y derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial; dignidad humana; derechos fundamentales; filosofía del derecho; debido proceso; vigilancia algorítmica.

ABSTRACT

This article examines Sin Piedad (2026) as a legal-philosophical text that challenges the ethical foundations of the democratic State facing artificial intelligence expansion within public power. Using a film-legal analysis method, the article identifies tensions between technological rationality, human dignity, and constitutional guarantees, engaging with classical moral philosophy —Aristotle, Aquinas, Kant, Bentham and Radbruch— and contemporary legal scholarship on AI and fundamental rights.

KEYWORDS

Artificial intelligence; human dignity; fundamental rights; philosophy of law; due process; algorithmic surveillance.

FICHA TÉCNICA

TÍTULO	<i>Sin Piedad</i>
TÍTULO ORIGINAL	<i>Mercy</i>
AÑO / PAÍS	2026 · Estados Unidos
GÉNERO	Ciencia ficción / <i>thriller</i> ético-jurídico
DURACIÓN	Aproximadamente 100 minutos · Dir. Timur Bekmambetov

1. PRESENTACIÓN Y PROBLEMA JURÍDICO

El cine no es únicamente entretenimiento: es, en su dimensión más profunda, un espejo que la cultura le tiende al derecho para que este se contemple, se interrogue y, si es preciso, se avergüence de lo que ve. *Sin Piedad* (2026) pertenece a esa tradición de obras que, bajo el ropaje de la ciencia ficción, instalan en el espectador preguntas que cualquier constitucionalista o filósofo del derecho reconocerá como propias: ¿puede un Estado democrático delegar en algoritmos decisiones que afectan la libertad y la dignidad de sus ciudadanos? ¿Qué ocurre cuando la eficiencia tecnológica desplaza al juicio humano y vacía de contenido las garantías fundamentales?

La trama transcurre en una sociedad donde los sistemas de inteligencia artificial participan activamente en procesos de seguridad pública y clasificación social. Los algoritmos determinan perfiles de riesgo, anticipan comportamientos, limitan la libertad de movimiento y modulan el acceso a derechos sin que los afectados conozcan los criterios empleados ni dispongan de mecanismos reales de impugnación. Lo que el filme pone en escena no es un escenario fantástico: es la radicalización lógica de tendencias ya operativas en múltiples sistemas jurídicos contemporáneos.

«El riesgo mayor de la inteligencia artificial no reside en su capacidad destructiva, sino en la construcción de sistemas políticamente eficientes y éticamente indiferentes».

REFLEXIÓN CENTRAL DEL ANÁLISIS

El problema central que articula el análisis es el siguiente: la racionalidad instrumental propia de los sistemas automatizados de decisión resulta incompatible, en su formulación más extrema, con los principios de dignidad, igualdad y debido proceso que constituyen el núcleo irrenunciable del Estado constitucional de derecho. Como señalan Breceda Pérez y Castillo Lara (2023), la expansión de la inteligencia artificial obliga a reconsiderar el estatuto jurídico de la dignidad humana en sociedades crecientemente tecnificadas, especialmente cuando las decisiones automatizadas inciden sobre derechos fundamentales como la privacidad, la igualdad y la libertad individual.

2. ANÁLISIS JURÍDICO Y FILOSÓFICO

2.1 Dignidad humana frente al cálculo algorítmico

El nudo argumental del filme descansa sobre una paradoja que la filosofía moral conoce bien: la eficiencia puede convertirse en el más sofisticado instrumento de la injusticia. Los algoritmos de *Sin Piedad* clasifican individuos conforme a niveles de riesgo y utilidad social, transformando a la persona en un nodo dentro de una red de datos. Desde la filosofía moral clásica, esta operación implica una reducción ontológica inaceptable: el ser humano deja de ser fin y se convierte en variable de una ecuación cuyo resultado no le pertenece.

Aristóteles sostenía en la *Ética a Nicómaco* que la prudencia —la *phronesis*— es la virtud intelectual que permite al agente moral deliberar correctamente sobre lo que conduce al bien en circunstancias concretas (Aristóteles, trad. 2014). El punto es técnicamente preciso: la prudencia no es la aplicación mecánica de reglas generales a casos particulares, sino la capacidad de discernir qué demanda la situación singular cuando las reglas resultan insuficientes o contradictorias. Los algoritmos realizan exactamente la operación inversa: generalizan, promedian, abstraen.

NOTA DOCTRINAL · PHRONESIS Y ALGORITMOS

La prudencia aristotélica requiere deliberación sobre circunstancias particulares. Un sistema algorítmico solo puede aplicar reglas estadísticas; nunca podrá sustituir el juicio moral situado que la justicia exige en cada caso concreto.

2.2 La ley natural y el límite moral del poder tecnológico

Tomás de Aquino afirmaba que la ley humana legítima es una participación de la ley eterna en la razón práctica y que su fin intrínseco es el bien común, entendido como el conjunto de condiciones que permiten a cada persona desarrollarse en plenitud (Aquino, trad. 2001). Cuando la ley —o la decisión que hace las veces de ley— se aparta de ese horizonte y se convierte en instrumento de control y sujeción, pierde su carácter vinculante desde el punto de vista moral.

Sin Piedad escenifica con precisión esa degradación: el sistema automatizado posee legalidad formal, opera dentro de marcos normativos establecidos, pero traiciona sistemáticamente el fin que justifica la existencia del derecho. La película sugiere que la cuestión no es puramente técnica —no basta con diseñar mejores algoritmos—, sino ética y constitucional: qué tipo de decisiones puede legítimamente adoptar una máquina respecto de seres humanos, y en qué condiciones.

2.3 La fórmula kantiana y la instrumentalización de la persona

La formulación más nítida del problema la ofrece Kant. En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* enunció el imperativo práctico: obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio (Kant, trad. 2003). La inteligencia artificial representada en el filme viola precisamente este principio en su formulación más literal: convierte a las personas en datos utilizables para maximizar la estabilidad social y la eficiencia institucional.

«Las cosas tienen precio —pueden ser sustituidas por un equivalente—; las personas tienen dignidad —no admiten sustitución ni equivalencia—».

KANT, *FUNDAMENTACIÓN DE LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES* (TRAD. 2003)

La distinción kantiana entre precio y dignidad resulta aquí especialmente operativa. Un sistema que determina el valor social de un individuo en función de su utilidad estadística está confundiendo precio con dignidad, y esa confusión, llevada a sus consecuencias lógicas, es la arquitectura moral del totalitarismo.

2.4 El utilitarismo algorítmico y sus límites constitucionales

El filme puede leerse también como una crítica al utilitarismo clásico llevado a sus extremos técnicos. Jeremy Bentham defendía que la acción correcta es aquella que maximiza la felicidad para el mayor número (Bentham, 1789/2007). *Sin Piedad* muestra qué ocurre cuando esa pretensión de objetividad se encarna en sistemas automatizados: el bienestar colectivo —tal como lo define el algoritmo— justifica restricciones crecientes a la libertad individual, y las garantías jurídicas devienen obstáculos operacionales antes que conquistas civilizatorias.

Desde el plano normativo, Llano Alonso (2024) ha argumentado con precisión que la ética de la inteligencia artificial debe incorporar límites jurídicos claros orientados a garantizar transparencia, responsabilidad y protección efectiva de la dignidad humana. El sistema que la película representa opera exactamente en ausencia de esos límites: los algoritmos son opacos para los ciudadanos y ninguna instancia asume responsabilidad por sus efectos sobre derechos individuales.

MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

El Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2016) y la Ley de IA de la Unión Europea (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024) establecen obligaciones de transparencia, explicabilidad y supervisión humana en sistemas de decisión automatizada con efectos sobre derechos fundamentales. *Sin Piedad* ilustra pedagógicamente el escenario opuesto.

2.5 El debido proceso y la explicabilidad algorítmica

Uno de los aspectos más directamente relevantes para el derecho constitucional es la representación del déficit de debido proceso que genera la toma de decisiones automatizada. Los individuos clasificados o sancionados por el sistema ignoran los criterios utilizados, no pueden impugnar eficazmente los resultados y carecen de interlocutor humano que asuma la responsabilidad de la decisión.

Simón Castellano (2023) ha propuesto una taxonomía de las garantías jurídicas aplicables a los sistemas de inteligencia artificial, diferenciando entre garantías de transparencia, de impugnación, de responsabilidad y de supervisión humana significativa. El filme ilustra la ausencia sistemática de cada una de ellas. La distopía no consiste en que las máquinas sean malévolas —no lo son—, sino en que el sistema jurídico-político ha renunciado a exigirles cuentas.

2.6 Biopolítica y vigilancia algorítmica

Michel Foucault demostró en *Vigilar y castigar* (2002) que el poder moderno no opera primariamente mediante la violencia física, sino mediante la normalización: la vigilancia constante produce sujetos que interiorizan la norma y se autorregulan. El panóptico no necesita ejercer coerción visible; basta con que los vigilados sepan —o creen— que pueden ser observados en cualquier momento.

«La inteligencia artificial no es un carcelero que impone conductas: es una infraestructura de visibilidad total que convierte la posibilidad permanente de ser evaluado en un mecanismo de control subjetivo».

ANÁLISIS FOUCAULTIANO APLICADO AL FILME

Sin Piedad actualiza esa lógica en clave digital: los ciudadanos no obedecen porque temen la sanción inmediata, sino porque saben que cada acción contribuye a construir el perfil que determinará su posición en el sistema. Esta dimensión biopolítica conecta directamente con los debates sobre capitalismo de vigilancia y con la pregunta acerca de si la regulación jurídica puede ser eficaz frente a infraestructuras de datos cuya escala supera la capacidad de supervisión de los Estados.

2.7 El positivismo jurídico y la fórmula de Radbruch

Gustav Radbruch elaboró, tras la Segunda Guerra Mundial, la tesis que lleva su nombre: el derecho positivo que contradice de manera insoportable la justicia pierde su carácter jurídico y no genera obligación de obediencia (Radbruch, 2009). *Sin Piedad* escenifica una variante contemporánea de ese problema: un sistema que es formalmente legal, técnicamente sofisticado y funcionalmente eficiente puede ser, al mismo tiempo, radicalmente injusto. La eficiencia algorítmica es una nueva forma de ese positivismo sin ética que Radbruch identificó como condición de posibilidad del totalitarismo.

LA FÓRMULA DE RADBRUCH

«La injusticia extrema no es derecho». Esta máxima, elaborada frente al legalismo nazi, adquiere nueva urgencia ante sistemas automatizados cuya legitimidad formal puede ocultar injusticia material sistemática.

AUTOR	OBRA CLAVE	PRINCIPIO FILOSÓFICO-JURÍDICO	CONEXIÓN CON <i>SIN PIEDAD</i>
Aristóteles	<i>Ética a Nicómaco</i>	La prudencia (<i>phronesis</i>) como virtud del juicio moral situado en circunstancias concretas.	Los algoritmos carecen de deliberación práctica; procesan reglas pero no comprenden situaciones singulares.
Tomás de Aquino	<i>Suma teológica</i>	La ley como ordenación racional al bien común; la dignidad como fundamento del orden moral.	El sistema automatizado tiene legalidad formal, pero traiciona el fin ético de la norma jurídica.
Immanuel Kant	<i>Fundamentación de la metafísica de las costumbres</i>	El ser humano es fin en sí mismo; nunca exclusivamente un medio para fines ajenos.	La IA reduce la persona a un perfil estadístico instrumentalizado por objetivos institucionales.
Jeremy Bentham	<i>Introducción a los principios de la moral y la legislación</i>	Maximización de la utilidad colectiva mediante el cálculo racional de consecuencias.	El utilitarismo algorítmico justifica restricciones a la libertad sin salvaguardas para el individuo.
Gustav Radbruch	<i>Introducción a la filosofía del derecho</i>	La legalidad sin justicia pierde legitimidad moral y carácter vinculante.	La eficiencia técnica del sistema no garantiza justicia material: nueva forma de positivismo extremo.
Michel Foucault	<i>Vigilar y castigar</i>	El poder disciplinario produce obediencia mediante la visibilidad total, no la coerción directa.	La IA como panóptico digital: el monitoreo constante genera autorregulación y normalización social.

Tabla 1. Coordenadas filosófico-jurídicas del análisis. Fuente: elaboración propia a partir de las obras citadas.

3. REFLEXIÓN FINAL

Sin Piedad trasciende los límites del género y se instala, con derecho propio, en la tradición de las obras que el derecho debería leer. El filme demuestra que el riesgo mayor de la inteligencia artificial no reside en su capacidad destructiva, sino en algo mucho más prosaico y por ello mismo más peligroso: la construcción de sistemas políticamente eficientes y éticamente indiferentes. Sistemas que funcionan, que producen orden, que minimizan la conflictividad social, y que al hacerlo erosionan silenciosamente las condiciones de posibilidad de una vida verdaderamente humana.

La película articula, con la eficacia propia de las mejores distopías, una advertencia que los juristas no podemos permitirnos ignorar: cuando el poder adopta la forma del algoritmo, las garantías constitucionales clásicas —la igualdad ante la ley, el debido proceso, la presunción de inocencia, la prohibición de discriminación— siguen existiendo en los textos normativos, pero han perdido su capacidad de operar como límites reales. El derecho formal sobrevive; la justicia material se desvanece.

Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant y Radbruch convergen, desde perspectivas radicalmente distintas, en una intuición que la película dramatiza con eficacia: la justicia requiere que el poder reconozca en cada individuo una dignidad que ningún cálculo puede reducir, ninguna estadística puede capturar y ningún algoritmo puede reemplazar. Esa exigencia no es una nostalgia humanista; es la condición lógica de cualquier ordenamiento jurídico que merezca el nombre de derecho.

Como propuesta pedagógica para la docencia universitaria, el filme resulta especialmente valioso. Permite a los estudiantes de derecho confrontar problemas teóricos de alta abstracción —la relación entre legalidad y legitimidad, el fundamento de los derechos fundamentales, el alcance del control judicial sobre decisiones automatizadas— con una representación narrativa que los vuelve concretos, urgentes y emocionalmente comprensibles. La filosofía del derecho necesita de esos intermediarios culturales para cumplir su función más profunda: formar juristas que piensen, además de abogados que litiguen.

REFERENCIAS

Aquino, T. de. (2001). *Suma teológica* (3.^a ed.). Biblioteca de Autores Cristianos.

Aristóteles. (2014). *Ética a Nicómaco* (J. Pallí Bonet, Trad.). Gredos.

Bentham, J. (2007). *An introduction to the principles of morals and legislation*. Dover Publications. (Obra original publicada en 1789).

Breceda Pérez, J. A., y Castillo Lara, C. (2023). Derecho y ciencia: entre la dignidad humana y la inteligencia artificial. *IUS ET SCIENTIA*, 9(2). <https://doi.org/10.12795/UESTSCIENTIA.2023.i02.12>

Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar*. Siglo XXI Editores.

Kant, I. (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Alianza Editorial.

- Llano Alonso, F. H. (2024). Ética(s) de la inteligencia artificial y derecho. Consideraciones a propósito de los límites y la contención del desarrollo tecnológico. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*. <https://doi.org/10.20318/dyl.2024.8587>
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2016, 27 de abril). *Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 119.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2024, 13 de junio). *Reglamento (UE) 2024/1689, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial)*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 2024/1689.
- Radbruch, G. (2009). *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1946).
- Simón Castellano, P. (2023). Taxonomía de las garantías jurídicas en el empleo de los sistemas de inteligencia artificial. *Revista de Derecho Político*, 117, 13–44. <https://doi.org/10.5944/rdp.117.2023.37929>

DERECHO Y CINE

La costumbre como forma de producción normativa en *La source des femmes*

Custom as a Form of Normative Production in La Source des Femmes

Luis Fernando Bermeo Álvarez

Doctor y magíster en Derecho, Universidad del Norte. Abogado, Universidad de Cartagena.

Profesor, Institución Universitaria Mayor de Cartagena, Colombia

lbermeo@uninorte.edu.co

RESUMEN

Este trabajo analiza la costumbre como fuente del derecho a partir de la película *La source des femmes*, dirigida por Radu Mihăileanu (2011). Examina cómo una costumbre puede transformarse en un sistema de derecho natural y alterar su contenido normativo. Se presenta el argumento de la obra y el orden normativo representado; se identifican las prácticas consuetudinarias relevantes y sus conflictos; y se analiza la relación entre religión y derecho desde el iusnaturalismo religioso. Finalmente, se interpreta la historia como una revolución limitada de las costumbres que posibilita el reconocimiento, la modificación y la reafirmación del sistema normativo.

PALABRAS CLAVE

Religión; derecho; sistema; costumbre; revolución.

ABSTRACT

This paper examines custom as a source of law through the film La Source des Femmes, directed by Radu Mihăileanu (2011). It explores how a custom may be transformed within a natural-law system, thereby altering its normative content. The paper presents the film's plot and the normative order it portrays; identifies the relevant customary practices and the conflicts among them; and analyzes the relationship between religion and law from the perspective of religious natural law theory. Finally, it interprets the story as a limited revolution in customs that enables the recognition, modification, and reaffirmation of the normative system.

KEYWORDS

Religion; law; system; custom; revolution.

FICHA TÉCNICA		ORIGEN DEL TEXTO
TÍTULO ORIGINAL	<i>La source des femmes</i>	Este artículo es fruto de la reflexión iusfilosófica propiciada en el curso de Filosofía del Derecho de la Maestría en Derecho de la Universidad del Norte.
DIRECCIÓN	Radu Mihăileanu	
PAÍSES	Bélgica, Italia y Francia	
AÑO	2011	
DURACIÓN	135 minutos	
GÉNERO	Drama	

«Éste es un triunfo, madre, pero sin triunfo (...) ¡Hay que dar vuelta el viento como la taba, el que no cambia todo, no cambia nada!».

Triunfo agrario · ARMANDO TEJADA GÓMEZ Y CÉSAR ISELLA (1973)

1. INTRODUCCIÓN

La primera salvedad que debe hacerse sobre el tema a tratar es que la historia que da lugar a la película es una ficción; es decir, no está definida de antemano la veracidad de los hechos. Pero, tal como advierte la introducción de la película, ¿qué verdad existe en la Tierra? La historia transcurre en un pequeño pueblo o aldea de la península arábiga, «en algún lugar entre el norte de África y Oriente Medio» (Ferro, 2012), donde la cultura está fuertemente vinculada al islam, que se rige por el Corán y por todo el sistema de prácticas normativas propias de esta religión. Cabe resaltar que en este sistema religioso el hombre tiene una posición de dominio sobre la mujer, como se muestra en la película y, en especial, en la letra de la canción que cantan las mujeres de la aldea al celebrar el nacimiento de un hijo varón de alguna de ellas: *«El hombre es el pilar de la casa»*.

En este contexto y en adelante, para el desarrollo de este trabajo, se atenderán las precisiones de Norberto Bobbio (2002) sobre el concepto de sistema normativo, en el que «además de las normas jurídicas, hay preceptos religiosos, reglas morales, sociales, consuetudinarias, reglas de aquella cortesía que es la etiqueta, reglas de buena educación, etc.» (p. 5), y que valen de forma casi universal para cualquier cultura. El argumento central de la película tiene que ver con la posibilidad de transformación cultural de un sistema normativo, con énfasis en la religión, a partir de la organización de una parte del pueblo para obtener beneficios frente a condiciones de desigualdad y dominación por razones de género. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que se trata de una

problemática actual e intrínseca a las tradiciones y costumbres del islam: la igualdad de género. Lo anterior es importante considerarlo, dada la óptica liberal desde la que se analiza la película.

Habiendo evacuado estas precisiones del contexto del presente trabajo, es posible iniciar el análisis de la costumbre como fuente de derecho en el marco de esta excelente película y presentar algunas reflexiones en torno a la pregunta de cómo, a través de la película, puede transformarse una costumbre de origen iusnatural a partir de consideraciones también iusnaturales. En concreto, la costumbre que estudiaré será la de las mujeres de la aldea, que deben recoger el agua de la fuente de la montaña y traerla a sus casas. Para la metodología de este trabajo se utilizará el tipo ideal (Weber, 2012), propio de la sociología comprensiva, de modo que se pueda abordar un estudio de caso no real en el marco de la filosofía del derecho.

2. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO

En la historia de la filosofía del derecho, la costumbre ha estado ligada a la corriente filosófica del derecho natural, ya que no es un derecho escrito verificable, sino una conducta social repetida por un grupo determinado de personas que, con el paso del tiempo, se convierte en regla dentro de ese mismo grupo social y cuya contravención es sancionada (Hart, 1972), la cual puede o no ser jurídicamente relevante (Aguiló, 2000). Sin embargo, la escuela que otorgó relevancia autónoma a la costumbre como fuente de derecho fue la Escuela Histórica del Derecho, según Norberto Bobbio (1993, pp. 174-178). Aunque esta escuela ataca profundamente las concepciones del derecho natural, especialmente las de corte racionalista de los siglos XVII y XVIII (p. 61), dio lugar a la consideración de la costumbre como una verdadera fuente de derecho. En el presente trabajo se entenderá la costumbre jurídica de acuerdo con esta escuela, en el sentido de considerar que:

La costumbre tiene carácter jurídico con independencia del legislador, del poder judicial y del científico del derecho, porque su validez se funda en la convicción jurídica del pueblo, en un sentido de justicia innato del pueblo, el cual permite distinguir las costumbres jurídicas de los simples usos.

BOBBIO, 1993, P. 175

En este caso, la costumbre objeto de estudio, atendiendo a *La fuente de las mujeres*, será la recolección del agua: «*El agua es para las tareas domésticas, y las mujeres debemos ir a buscarla; ha sido así desde el principio de los tiempos, es una tradición de nuestro pueblo*».

Vale resaltar que, en este contexto, el hecho de que una mujer de la aldea no recoja el agua de la fuente de la montaña y, en consecuencia, transgreda dicha regla, no conlleva una sanción jurídica propiamente dicha; es decir, no existe un sistema centralmente organizado de castigo por la transgresión de dicha regla (Hart, 1972). En este contexto, Hart explica la delgada línea que divide la norma jurídica de la moral: su obediencia no es fácil de establecer en términos de castigo, ya sea en un orden interno, en un orden externo o en ambos. Cabe decir que, para el caso concreto objeto de estudio, las sanciones más probables ante una posible transgresión por parte de las mujeres serían: a) la fuerte presión social y b) el rechazo del marido hacia la esposa. Esto puede extraerse con facilidad de los hechos relatados en la película.

Lo anterior resulta importante para establecer el estatus jurídico de esta costumbre en el filme y determinar la fuerza normativa de dicha regla como costumbre. Hasta aquí, puede decirse que la regla que se pone en juego en *La fuente de las mujeres* no es una costumbre con relevancia jurídica (Aguiló, 2000), sino una regla primaria de obligación, según Hart. Ahora bien, existe una segunda regla de carácter consuetudinario que entra en juego en la película: la potestad del marido sobre la mujer para mantener relaciones sexuales dentro del matrimonio. Esta regla está directamente relacionada con la ideología religiosa del islam, que considera a la mujer como fuente de vida y al matrimonio como institución para la creación de vida; es decir, el deber de todo matrimonio es la procreación.

Analizando esta regla, es posible afirmar que: a) el matrimonio es la institución mediante la cual un determinado grupo poblacional asegura su permanencia física a través de la procreación; b) para ello, es necesario que tanto el hombre como la mujer sean fértiles; y c) es un derecho del hombre tener relaciones sexuales con la mujer para procrear. Es decir, las relaciones sexuales entre esposos son necesarias no solo desde un punto de vista individual, sino también desde el social y con una profunda justificación religiosa. En este sentido, tal como se ve en la película, los hijos se entienden como una bendición, y aún más si son varones. Las mujeres de la aldea cantan este argumento en el nacimiento de un varón: «*Mis niños, pies de mi trono, me llenan de alegría, ¡Gloria a la belleza! Cuando mis hombros se caigan, mis hijos los sostendrán. Aquella que haya criado hijos no tendrá de qué temer*».

Ahora bien, si la procreación es una bendición, la sanción frente a la infertilidad es el rechazo, tal como lo expresa el padre del esposo de la protagonista ante la ausencia de hijos en su matrimonio: *«La gente del pueblo anda diciendo por ahí que Leila te ha hechizado, Dios sabe que la quiero como a una hija. Al menos, si te niegas a repudiarla, toma una esposa más joven que te dé hijos»*.

Lo anterior indica que, ante un caso de infertilidad en una mujer casada, el esposo tiene derecho a i) repudiarla y ii) contraer matrimonio con otra esposa que sí sea fértil. La primera disposición normativa que se deduce del análisis puede considerarse un castigo a la mujer infértil, es decir, una sanción. A su vez, de este «derecho» en cabeza del marido se desprende (en la película) el derecho que tiene el marido sobre su esposa a tener relaciones sexuales, es decir, su dominio.

Ahora bien, el castigo ante la negativa de la mujer a tener relaciones sexuales con su marido también es difuso, por lo que vuelve a ser un terreno de una regla primitiva de obediencia, toda vez que no existe un castigo sistémico claro. Sin embargo, en el desarrollo de la película se observa que, ante la negativa de la mujer a tener relaciones sexuales, el marido puede golpearla o tomarla por la fuerza, como otra forma de dominación mediante el castigo. Esta última forma de sanción normativa implica lo que Hart denominó «derecho primitivo»:

Cuando entre las formas de presión, las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión, ni sean administradas por funcionarios, sino que su aplicación queda librada a la comunidad general, estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva del derecho.

HART, 1972, P. 108

3. COSTUMBRES JURÍDICAS Y NO JURÍDICAS EN LA PELÍCULA: UN CRITERIO DE DISTINCIÓN POSITIVISTA (*soft*)

Hasta aquí se han identificado distintas reglas consuetudinarias que, de una u otra forma, resultan relevantes para el derecho en el contexto de la película. A continuación se presenta una breve síntesis de las reglas enunciadas anteriormente:

1. Las mujeres deben ocuparse de las tareas del hogar.
1. Las mujeres deben traer agua desde la fuente de la montaña para realizar las tareas del hogar.
1. Los hombres y las mujeres deben procrear.

1. El hombre está por encima de la mujer en el hogar y en la aldea.

1. La función del matrimonio es la procreación.

1. El hombre tiene derecho a exigir a su esposa que mantenga relaciones sexuales con el fin de procrear.

1. El hombre que tenga por mujer a una infértil puede repudiarla o tomar otra esposa para cumplir así con su deber de procrear.

Todas estas reglas tienen formas y sanciones en el contexto de las relaciones sociales de la aldea que se desarrollan en la película. La costumbre central en la película, y que es objeto de discusión en este trabajo, tal como se ha dicho, es la segunda, de modo que puede decirse que esta no tiene un carácter jurídicamente relevante. Sin embargo, ¿qué sucede si se analiza la situación desde la perspectiva del hombre? Es decir, ¿tienen o no los hombres de la aldea el derecho a esperar que las mujeres busquen el agua de la fuente en la montaña para hacer los quehaceres del hogar? Luego, ¿se tiene o no una costumbre jurídica desde esta perspectiva? En este sentido, es claro que existe lo que Hart denomina una falta de certeza sobre lo que es o no es derecho en una sociedad. Para ello, introduce en su explicación sobre los elementos del derecho el concepto de la regla de reconocimiento. En palabras del propio autor:

(...) Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad (...).

HART, 1972, P. 117

Teniendo en cuenta esta explicación, aunque la regla objeto de estudio sea observada desde la perspectiva de la obligación de la mujer o de la facultad del hombre, esta es una regla primaria de obediencia, es decir, que no resulta relevante para ser considerada como una costumbre jurídica. Si bien hasta aquí se ha utilizado la teoría hartiana del derecho, cabe mencionar algunos aspectos relevantes de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann que pueden ayudar a analizar esta regla y las preguntas antes anotadas. Para Luhmann, el campo del derecho es propiamente complejo; en él se sintetiza la mayor parte de los problemas sociales, desde conflictos económicos (derecho privado por excelencia) hasta conflictos personalísimos, como las libertades religiosas (derecho

constitucional). En este contexto, el derecho es como un rey Midas, según Martínez (1999), que lo que toca lo vuelve jurídico, aunque propiamente no tenga un objeto de acción claramente determinado. No se sabe si el derecho actúa sobre las normas (positivismo jurídico) o sobre la moral (iusnaturalismo).

Asumir el derecho como sistema social (Luhmann) implica superar estos paradigmas y ver lo jurídico desde otra óptica. Niklas Luhmann ha planteado el fenómeno jurídico de una forma muy diferente a la tradicional, considerándolo un sistema social autopoietico cerrado que no tiene un fin, sino solo un sentido: determinar lo que es legal y lo que no. Bajo esta primera aproximación a la teoría de los sistemas de Luhmann se erige su consideración del derecho como un sistema social (autopoietico) cerrado. La especie sistémica de ser «cerrado» la tiene el derecho por su capacidad de producir en mayor medida sus propios elementos, sin requerir demasiado del entorno (medio), en contraste con los sistemas sociales «abiertos», que necesitan interactuar más con el entorno. Para el derecho, basta con reproducirse a partir de su propio código binario.

En este contexto, el derecho funciona según el código legal/ilegal¹, acudiendo al sentido de un orden social obligatorio. Este código se realiza (de acuerdo con el sentido indicado), es decir, el derecho opera a través de comunicaciones. Para Luhmann (2013), el derecho y la moral comparten el sistema de creación de expectativas, en el que los agentes que operan en el sistema (sea derecho o moral) esperan que se cumplan determinadas cosas, como, por ejemplo, que el juez tome una decisión basándose en una regla previamente establecida (principio de legalidad en el derecho) o que, si alguien se cita a una hora, efectivamente llegue a esa hora (ser puntual según la moral). A su vez, estas expectativas luego son compartidas por más agentes y en niveles recíprocos, creando así contraexpectativas, es decir, que A espera que B espere a C.

En el caso de la regla objeto de estudio de la película, se puede decir que el hombre espera que la mujer suba hasta la montaña y traiga el agua de la fuente (expectativa), y la mujer sabe que el hombre espera esto de ella (contraexpectativa), lo que crea el sistema de expectativas y contraexpectativas necesario para un sistema normativo (ya sea moral o de derecho) según Luhmann. En este sentido, aunque la regla de que las mujeres suban a la montaña en busca de agua no puede considerarse ni legal ni ilegal, sí cumple la función de crear una expectativa que puede convertirse en una norma.

Volviendo a la teoría de Hart, la regla de reconocimiento, como criterio de distinción entre lo que puede ser o no considerado derecho, cambia de resultado cuando observamos la regla número seis enunciada, es decir, la exigencia del hombre de tener relaciones sexuales con su mujer. En la película, un grupo de mujeres, ofendidas por los reiterados abortos que ocurren cuando mujeres embarazadas suben y bajan la montaña en busca de agua, decide hacer una huelga contra los hombres para presionarlos a subir a la montaña en busca del agua y así evitar los abortos.

Esta huelga, denominada en la película como de «amor» por parte de las mujeres, como expresión del sentimiento religioso del acto sexual más allá de la satisfacción del deseo o placer, afecta a los hombres precisamente en la experiencia del deseo sexual o pasión, por lo que, en la visión del filme, el argumento religioso de procreación es para el hombre la justificación del derecho a satisfacer sus deseos o pasiones sexuales y, a su vez, dominar a la mujer. La consecuencia para la mayoría de las mujeres que se unen a la huelga y se niegan a tener relaciones sexuales con sus maridos es la sanción social, la intimidación y la represión, tanto por parte de hombres como de mujeres de la aldea que quieren mantener la tradición, aunque ello implique el uso de la fuerza física del hombre sobre la mujer.

4. RELIGIÓN Y LIBERTAD EN EL MARCO DE LA PELÍCULA

Este criterio de sanción social, distinto de la sanción individual por la transgresión de una norma determinada, es típico de un sistema de derecho religioso o de derecho natural de corte religioso. En este se exige un comportamiento al individuo frente a la sociedad y otro frente a sí mismo o en su intimidad. Para el positivismo jurídico, lo más importante es el comportamiento social del individuo. Es importante recordar aquí que el filme trata sobre un sistema normativo no liberal, visto con ojos liberales, por lo que las respuestas de cualquier análisis de la película en este contexto pueden caer fácilmente en errores de prejuicio. Es decir, en un sistema no liberal, la conducta del individuo frente a sí mismo o en su intimidad no está librada al azar ni a su mera voluntad, sino que forma parte de un sistema de creencias que, a través de reglas, determina qué debe o no debe hacer el individuo en su individualidad.

En este sentido, es menester analizar el concepto de libertad empleado en la película para el presente análisis. La libertad, aquí entendida, tiene su origen en la filosofía griega, en la idea de la

autodeterminación (autonomía² o autogobierno), como gobierno de sí mismo a la luz de la razón (Bodenheimer, 2013, pp. 134-136). Sin embargo, la forma de vivencia de esta libertad dentro de la *polis* tenía un carácter litúrgico, tal como lo señala David Mercado:

La *polis* es el *nomos* que regula los *hiera*, o asuntos sagrados de ella, estableciendo un «calendario litúrgico» donde se definen las fiestas religiosas que son simultáneamente políticas, se reglamentan los santuarios y su uso, los tipos de sacrificios que deben hacerse y los honores a cada dios según la particular *fanía* de cada uno y si se habrán de adorar o no a dioses nuevos. Al ser una liturgia la práctica de la ciudadanía se ejercitaba la *phronesis*, es decir, el desarrollo del *ethos* y el paulatino control del *pathos*; vivir a plenitud la *politeia* era imprescindible para llegar a ser como dioses.

MERCADO, 2012, PP. 6-7

Este concepto de libertad ha ido mutando a lo largo del devenir histórico de la cultura occidental y también difiere bastante del de la cultura oriental. En el contexto liberal actual, la libertad no es única e indivisible, sino múltiple, plural y divisible; por lo tanto, existe libertad política, religiosa, moral, etc. (Mercado, 2012). La pregunta es: ¿es esta la libertad de la que trata *La source des femmes*? La respuesta es: no. Luego, es claro que resulta difícil criticar un comportamiento no liberal desde un contexto liberal.

Sobre la religión, conviene atenerse al planteamiento de Mercado (2012), según el cual esta es «la creencia en una garantía sobrenatural que se le ofrece al hombre para su salvación, junto con las prácticas (culto, ceremonia, ritos, liturgia, plegarias, etc.), encaminadas a obtener o a preservar dicha garantía» (p. 7). Esta conceptualización es válida tanto para el cristianismo como para el judaísmo y el islam (p. 160). Lo importante aquí es resaltar que existe una fuerte conexión de valores y formas entre la religión, como sistema de creencias, y la moral y el derecho, como sistemas normativos, a través de la regulación de la conducta humana por parte de la autoridad (Estado, juez, legislador, sociedad, grupo, etc.).

En esta película, las normas sociales y jurídicas responden a creencias y valores religiosos en el marco del islam, y las autoridades representativas tienen distintos niveles, jerarquías y ámbitos de acción. Por una parte, las mujeres están sometidas al marido; por otra, existe una mujer, de mayor edad que las demás o de mayor estatus social, que coordina las acciones, los pensamientos y los discursos de las demás. A su vez, el imán es la autoridad religiosa y social de la aldea, tanto para hombres como para mujeres, y le sigue su séquito, en orden de cercanía al imán.

El jeque es el hombre de confianza del imán y ejerce influencia política sobre el pueblo, afectando tanto a hombres como a mujeres. Estas dos autoridades son de carácter eminentemente religioso y se basan en el Corán como sistema normativo. Asimismo, toda la aldea y sus autoridades responden a un sistema estatal superior a su propia forma de organización social, que podría llamarse el Estado. Ahora bien, para apoyar este análisis, vale la pena revisar el sistema de acusación y defensa que se le imputa a la líder de la huelga por incitar a la violación de la costumbre del pueblo al rehusarse a tener relaciones sexuales con sus maridos: *«Has iniciado una guerra. ¿Sabes de qué van a acusarte? ¿De citar el Corán? ¿Y sabrás defenderte?»*.

Es decir, el sistema judicial primitivo de esta película se basa en las normas religiosas del islam, por lo que no cabe el concepto de libertad propio del sistema liberal occidental. Así, las respuestas del liberalismo ante el análisis de esta película serían breves y erróneas. Además, es plausible pensar que la historia de esta película no ocurriría en ningún sistema normativo que incorpore y proteja las libertades individuales, aunque pueda denominarse multicultural; y, por otra parte, la conclusión de la historia probablemente no sería la que se muestra en la película. En el marco de un consejo de hombres reunido para tratar la huelga de las mujeres, hay expresiones como *«si es necesario que la mate a golpes, así lo haré»*, *«la falta de respeto no hay que consentirla»* y otras como *«Es un desafío a nuestra ley y un desafío al Corán el hecho de no querer hacer el amor con nosotros, y están socavando nuestra autoridad, ¡y lo hacen delante de los niños!»*.

5. CONCLUSIONES

El fundamento de la huelga de amor de estas mujeres se basa en un valor propio del derecho natural: la justicia. La pregunta es: ¿es justo que sean las mujeres las que suban a la montaña por el agua? Más aún, ¿es justo que suban en cualquier situación? ¿Aun si están embarazadas? Las respuestas del sistema normativo de la aldea, a través de sus distintas autoridades, excepto la mujer mayor (madre Fusil), se basan en criterios religiosos de la tradición y en la amenaza del pecado, pero con un truco del sistema: no es un problema de justicia subir o no subir la montaña, sino negarse a tener relaciones sexuales con el marido, es decir, la huelga. En palabras del imán: *«Oponerse a la procreación, oponerse al amor, a la autoridad del padre o a la autoridad del marido, es pecado»*.

En este contexto, cuando la mujer se niega a tener relaciones sexuales con su marido, este tiene la potestad de golpearla. La justificación de este poder (o derecho) es religiosa y tiene fines «educativos», muy similares a la justificación o al fin de la pena en el sistema liberal, con un criterio educativo, no violento: la resocialización. «*Como el manotazo que un padre da a un hijo*».

Esta situación no ocurre en la película; en cambio, se observa una violencia desmedida por parte del marido hacia su esposa huelguista. Ahora bien, ¿consiguen algo las mujeres de la aldea con esta huelga? Sí, pues rompen la costumbre normativa del deber de tener relaciones sexuales con sus maridos, al menos por un momento, creando un precedente sobre hasta qué punto son obligatorias las normas cuando generan condiciones de injusticia. Es decir, la clásica pregunta propia de la filosofía del derecho: ¿hasta dónde llega la justicia en el derecho? Sin embargo, vale la pena aclarar que esta negación de cumplir con el deber de tener relaciones con su esposo no es, *per se*, contra los hombres, sino, racionalmente, contra la obligación (no jurídica) de subir a la montaña para traer el agua mientras los hombres esperan en la aldea. Este aspecto es muy similar a lo que Max Weber (2012) denominó «acción racional con arreglo a fines».

¿Qué más consiguen las mujeres con la huelga? Adquirir relevancia social e incluso generar temor entre los hombres ante la posibilidad de que más mujeres se sumen a la huelga. Sin embargo, no son los hombres quienes ceden en este conflicto, sino el Estado. Los funcionarios del Estado, al percatarse de lo que sucedía, comprenden que lo que está en juego es una pequeña revolución en contra de las tradiciones, que podría acabar con todo el fundamento del sistema jurídico y del orden nacional. De modo que, mediante una acción política rápida y eficaz, recuerdan aquella vieja y apartada aldea y solucionan el problema del agua. Ahora bien, ¿cómo lo hacen? Finalmente, se instala un acueducto en la plaza de la aldea para que las mujeres no tengan que subir hasta la montaña, por lo que, en última instancia, se mantiene el *statu quo*, aunque con un pequeño cambio en la segunda regla:

1. Las mujeres deben ocuparse de las tareas del hogar.

- 1. Las mujeres deben traer agua desde la fuente, ubicada en el centro de la aldea, para realizar las tareas del hogar.**

1. Los hombres y las mujeres deben procrear.

1. El hombre está por encima de la mujer en el hogar y en la aldea.

1. La función del matrimonio es la procreación.

1. El hombre tiene derecho a exigir a su esposa que mantenga relaciones sexuales con el fin de procrear.

1. El hombre que tenga por mujer a una infértil puede repudiarla o tomar otra esposa para cumplir así con su deber de procrear.

Es decir, el intento de quiebre del sistema que las mujeres iniciaron mediante la huelga de amor solo sirvió para reafirmarlo; el sistema se reconoció y se reforzó a sí mismo, lo que aumentó la presencia del Estado. Por lo tanto, es factible concluir que hubo un intento de revolución que a la postre fue controlado y que sirvió para mantener el *statu quo*. Únicamente se adecuó una costumbre normativa a un contexto social difícil en un momento determinado. Tal como el gatopardismo: «cambiar algo para que nada cambie».

NOTAS

¹ Para Luhmann (2013), «el Derecho es un sistema autónomo funcional de la sociedad que determina por sí mismo aquello que regula y que somete todos los supuestos de hecho sobre los que comunica al código binario conforme a Derecho o contrario a Derecho (*Recht/Unrecht*)» (p. 38).

² De la palabra *nomos*, nombre o norma, en griego.

REFERENCIAS

Aguiló, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Ariel.

Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Debate.

Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho*. Temis.

Bodenheimer, E. (2013). *Teoría del derecho*. Fondo de Cultura Económica.

Ferro, J. (2012). *Nota de cine: La fuente de las mujeres*. Centro de Documentación, Observatorio de Territorios Étnicos y Campesinos. <https://etnoterritorios.org/es/centro-de-documentacion/8d1a977c5c729d5e11d6dfe9b8654a08>

Hart, H. L. A. (1972). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.

Luhmann, N. (2013). *La moral de la sociedad*. Trotta.

Martínez, J. (1999). *La imaginación jurídica*. Taurus.

Mercado, D. (2012). Libertad y religiosidad. En *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*. Juruá.

Mihăileanu, R. (Director). (2011). *La source des femmes* [Película]. Elzévir Films; Oï Oï Oï Productions; EuropaCorp; France 3 Cinéma; Panache Productions; Indigo Film.

Tejada Gómez, A., e Isella, C. (1973). *Triunfo agrario* [Canción interpretada por César Isella]. En *Traigo un pueblo en mi voz* [Álbum].

Weber, M. (2012). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.