

DOCUMENTOS ESTRATEGIAS DE LITIGIO PENAL Y DISCIPLINARIO

Tomo III

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

www.defensoria.gov.co

#NosUnenTusDerechos

DOCUMENTOS ESTRATEGIAS DE LITIGIO PENAL Y DISCIPLINARIO

Tomo III

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

• • •

2024

Defensoría del Pueblo

Plan de capacitación

Defensores públicos

Derecho Penal y Disciplinario

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

#NosUnenTusDerechos

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

#NosUnenTusDerechos

Copyright © 2024 Defensoría Colombia. Defensoría del Pueblo. Documentos Estrategias de litigio penal y disciplinario.

Tomo III.

Páginas: 420

Bogotá, D. C., 2024

• • •

CARLOS CAMARGO ASSIS
Defensor del Pueblo

JULIO LUIS BALANTA MINA
Vicedefensor del Pueblo

ÓSCAR JULIÁN VALENCIA LOAIZA
Secretario General

NELSON FELIPE VIVES CALLE
Secretario Privado

ROBINSON DE JESÚS CHAVERRA TIPTON
Director Nacional de Defensoría Pública

Coordinación y edición general

KAREN LOBO PEDRAZA
Directora Nacional de Promoción y Divulgación de los Derechos Humanos.
Secretaría Técnica del Comité

Editorial

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU
Autor - Asesor académico

Diseño y diagramación
EVML

Fotografías
Banco de fotos de la Defensoría del Pueblo

Impresión
Imprenta Nacional de Colombia

• • •

Defensoría del Pueblo de Colombia
Calle 55 No. 10-32
Bogotá D.C., Colombia

Este documento debe citarse así:
Este documento debe citarse así: Defensoría del Pueblo de Colombia. (2024). Documentos Estrategias de litigio penal y disciplinario. Tomo III.

DOCUMENTOS ESTRATEGIAS DE LITIGIO PENAL Y DISCIPLINARIO

Tomo III

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

• • •

2024

Defensoría del Pueblo

Plan de capacitación

Defensores públicos

Derecho Penal y Disciplinario

CONTENIDO

TOMO III

Presentación por la Procuradora General de la Nación

Presentación por el Defensor del Pueblo

DECIMOSÉPTIMO ESTUDIO

La autonomía e independencia constitucional del Derecho Disciplinario colombiano

Introducción

Capítulo 1
Especificidades del Derecho Disciplinario colombiano

Capítulo 2
El peso de la historia en la comprensión actual del Derecho Disciplinario colombiano

Capítulo 3
La línea argumental básica y las perspectivas

Referencias

DECIMOCTAVO ESTUDIO

La aplicación del sof law en los procesos judiciales y administrativos como estrategia de rebelión jurídica frente al anquilosamiento de la aplicación de las fuentes formales de derecho

Introducción

Capítulo 1
Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de 1984 de las Naciones Unidas

Capítulo 2
Las normas del soft law como una extensión de las fuentes del derecho en una estrategia defensorial expansiva de derechos judiciales en sentido orgánico y material

Capítulo 3
La objeción de consciencia al formalismo jurídico

Referencias

DECIMONOVENO ESTUDIO

Los presupuestos procesales para llegar a la sentencia justa

Introducción

Capítulo 1
1. Son necesarios los siguientes requisitos formales de procedimiento
2. Son necesarios los siguientes requisitos formales de la prueba
3. Una condición negativa de validez de la prueba, consistente en que no se haya incurrido en un “exceso ritual manifiesto” en la omisión de su recaudación, como requisito sustancial-formal

Capítulo 2
Requisitos sustanciales de naturaleza probatoria para proferir sentencia condenatoria en el proceso disciplinario

Referencias

Veinteavo estudio

Construcción teórica sobre tipologías de subprincipios derivados de principios con amplio reconocimiento introducción

Capítulo 1
Fundamentación en el principio de justicia material

Capítulo 2
Tipología abierta y complementaria del sistema de numerus clausus de derechos convencionales y constitucionales
1. Subprincipios derivados de normas existentes pero carentes o deficientes en justicia material
1.1. Subprincipios implícitos lógicamente en principios superiores derivados por interpretación extensiva ad minus ad maior o ad maior ad minus
1.2. Subprincipios implícitos lógicamente en principios superiores derivados por construcción analógica in bonam partem o pro homine
2. Subprincipios derivados del principio de igualdad material

Capítulo 3
Subprincipios implícitos materialmente en principios superiores pero carentes de toda regulación normativa

Referencias

Veintiunavo estudio

El principio de favorabilidad de la jurisprudencia en derecho penal y disciplinario

Introducción

Capítulo 1
Aspectos generales y consideraciones constitucionales del principio de favorabilidad

Capítulo 2
Consideraciones fundamentales para la aplicación del principio de favorabilidad de la jurisprudencia en materias penal y disciplinaria
1. Consecuencias ineludibles de la ponderación de valores y derechos constitucionales y de la condición de núcleo esencial del debido proceso
2. La favorabilidad de la interpretación vertida en jurisprudencia

Referencias

Veintidosavo estudio

Sesgos cognitivos. Peligros que acechan contra la verdad y la justicia

Introducción

Capítulo 1
Superación de los sesgos cognitivos

Capítulo 2
Los sesgos cognitivos y la (in) consciencia integral

Capítulo 3
Terapia jurídica antisesgos cognitivos

Veintitresavo estudio

Las neurociencias y las paradojas del testimonio en los procesos penal y disciplinario

Introducción

Capítulo 1
Presupuestos neurocientíficos de la problemática

Capítulo 2
Neurociencias y consciencia humana

Capítulo 3
Neurociencias de la memoria y el saber actual
3.1. El complejo proceso neuronal de la memoria
3.1.1. El proceso de atención
3.1.2. El proceso de consolidación
3.1.3. El proceso de evocación

Capítulo 4
Caminos científicos que se recorren para facilitar la acreditación

de la sinceridad del recuerdo

Referencias

Veinticuatroavo estudio

Problemas procesales comunes de la práctica litigiosa y estrategias para enfrentarlos. Parte segunda.

Introducción

Capítulo 1

La garantía de una notificación correctamente realizada para efectos del cumplimiento del debido proceso y la apertura de un adecuado derecho de defensa como condición de la ejecutoriedad de la decisión y el debido agotamiento de la actuación administrativa -vía gubernativa-
1. La debida y correcta notificación como condición de ejecutabilidad e inoponibilidad de las decisiones administrativas como principio del derecho administrativo
2. Procesos administrativos especiales: el proceso disciplinario administrativo sancionador
3. El agotamiento de la actuación administrativa -vía gubernativa- como condición necesaria para el cumplimiento del debido proceso y presupuesto de ejercicio de la acción contenciosa administrativa

Capítulo 2

El derecho a la aclaración, corrección y adición de las decisiones disciplinarias como un recurso atípico para el aseguramiento de los derechos al debido proceso y a la defensa
1. La ejecutoria formal y la ejecutoria material de las decisiones disciplinarias
2. El deber de señalar en la decisión disciplinaria la procedencia o improcedencia de recursos y su condicionalidad para un adecuado ejercicio del debido proceso y el derecho a la defensa. La procedencia del derecho a la aclaración, corrección y adición de las decisiones disciplinarias
3. El no señalamiento de los recursos procedentes contra la decisión disciplinaria -muy especialmente lo relacionado con el recurso de revisión- y no complementar, corregir o adicionar la misma, comporta la incursión en el vicio de invalidez constitucional de “exceso ritual manifiesto”
4. La adecuada notificación de la decisión disciplinaria como garantía del derecho a la publicidad y eficacia del acto administrativo

para el debido agotamiento de la actuación administrativa -vía gubernativa- relativa a los recursos previstos en la ley para poder acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo

5. La adecuada notificación de la decisión disciplinaria como garantía del derecho a la publicidad y eficacia del acto administrativo, cuyo desconocimiento podría ampararse a través de la acción de tutela

Referencias

PRESENTACIÓN POR LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

El Derecho Disciplinario colombiano es único en el mundo, sin duda, pensado, construido y desarrollado por más de dos siglos a partir de las ideas seminales del Libertador Simón Bolívar, cuyas primeras pinceladas las encontramos en el Discurso de Angostura de 1819, preparatorio de la Convención de Cúcuta de 1821 y cuyas ideas centrales fueron objeto de un decreto por medio del cual se organizaba el poder moral, cuarto poder al lado del ejecutivo, judicial y legislativo con su mismo nivel de jerarquía y reconocimiento, dotado de funciones administrativas preventivas y jurisdiccionales, anticipándose por casi tres décadas al famoso fallo blanco francés que rompió la dogmática cerrada y ortodoxa de la tridivisión del poder de Montesquieu, quien no admitía transversalidad de funciones entre ellos en cuanto tal se predicaba como una invasión en las esferas ajenas de competencia, con lo cual se abrió el camino para modernamente entender que son poderes separados en el ejercicio de sus atribuciones, que excepcionalmente pueden tener funciones transversales que ejercen autónoma e independientemente pero que, actúan armónicamente en la consecución de los fines del Estado, lo cual vino a cristalizar en la figura de la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente por su nueva fisonomía y arquitectura constitucional de la cual la dotó la Asamblea Nacional Constituyente con la Carta Política de 1991.

Este recorrido principio lógico ha sido objeto de estudio por la Corte Constitucional en la sentencia C-030 de 2023, tal como se puede advertir de manera clara y contundente en su *ratio decidendi* (Fundamentos Jurídicos Nos. 112 y 113), dando cuenta de que el ius puniendi es un género compuesto por cinco especies, a saber: "i) el Derecho Penal, ii) *el impeachment* o juicios políticos a cargo del Congreso de la República, iii) el derecho correccional legislativo, iv) el derecho disciplinario judicial y v) el derecho administrativo sancionador" (Fundamento Jurídico N.º 118), teniendo como cometido constitucional garantizar y materializar principios, valores y derechos constitucionales fundamentales a la luz del artículo 2 de la Carta Política, como son los de "i) el principio de legalidad, que se traduce en la existencia de una ley previa que regule la conducta reprochable, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos para su imposición; ii) el principio de tipicidad, que obliga al Legislador a describir la conducta o el comportamiento ilícito y a determinar expresamente la sanción; iii) el debido proceso, que se refiere a un procedimiento dotado de las garantías

mínimas y esenciales propias del derecho de defensa; iv) el principio de proporcionalidad, que exige que la sanción guarde correspondencia con la falta; y v) la independencia de la sanción penal, lo que habilita la imposición del castigo en sede administrativa, al margen de si el hecho que da lugar a ella también puede constituir infracción al régimen penal"(Fundamento Jurídico N.° 126); procesos disciplinarios que, por tratarse de sujetos con autoridad pública -servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas-, se justifican en "la necesidad de asegurar el adecuado funcionamiento de la función pública, en procura de que la actividad estatal se someta a los límites legales y constitucionales. En ese orden de ideas, el derecho disciplinario da cuenta del conjunto de principios y preceptos jurídicos que persiguen el cumplimiento eficiente de las políticas, funciones y fines del Estado, así como aquellos que contemplan medidas para prevenir y corregir las infracciones que interfieren en la buena marcha de la organización estatal, de aquí que dicha disciplina, según la doctrina, haya alcanzado su propia autonomía", al "incorporar las garantías del debido proceso en materia judicial al procedimiento administrativo disciplinario" (Fundamentos Jurídicos N.º 128 y 136), dentro del marco constitucional del "control sobre los servidores públicos, de conformidad con el artículo 209 superior" (Fundamento Jurídico N.º 138).

Allí, en gran medida, nos encontramos con los precedentes judiciales constitucionales sobre la materia, no obstante, la Corte Constitucional va más allá, pues concibe la viabilidad constitucional de sintonizar y sincronizar la actividad sancionatoria administrativa con un control judicial pleno de los tribunales contenciosos administrativos en cumplimiento del artículo 113 constitucional (Fundamentos Jurídicos N.º 279, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 294, 298, 306, 307 y 308) y, sobre todo, resaltando que el artículo 92 de la Carta Política le otorga un estatus especialmente relevante y significativo al Derecho Disciplinario, ubicándolo casi a la par del Derecho Penal (Fundamentos Jurídicos Nos. 3 *-cita de pie de página No 417-*, 286, 322 y 372), pues allí se da cuenta de un derecho constitucional instrumental de accionar en pro de la defensa y protección de los derechos y deberes de tal orden (título II, capítulo 4), lo cual coincide con la aspiración bolivariana de construir un instrumento de control fuerte que protegiera los valores de la democracia y la civilidad, el patrimonio público y la moral pública, así como la legalidad y el orden jurídico en el marco de la garantía de los "*derechos del hombre y del ciudadano*" (Decreto de 1819, proferido por Simón Bolívar, que organizó el poder moral) de la para entonces en boga revolución francesa, excelsa y sin igual carta de derechos al uso para la época, con el fin de que se "garantice la protección del individuo... y se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia" (Fundamento Jurídico No. 311), que no es otra cosa diferente a ir más allá de la justicia formal, buscando hacer justicia material.

Pero al igual que Simón Bolívar, nuestra Corte Constitucional entiende que "los derechos del hombre y del ciudadano" también son objeto de agresión -y tal vez con mayor impacto cualitativo y cuantita-

tivo- por la corrupción tanto pública como privada (Fundamentos Jurídicos No. 300 a 309) como lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de diciembre 6 de 2019 y lo erigió en tratado internacional la Convención Mundial de Lucha Contra la Corrupción de la ONU en el 2004, incorporada como legislación interna colombiana por la Ley 970 de 2005, la cual acoge plenamente el modelo colombiano diseñado por Simón Bolívar, hoy seguido y respetado en el mundo jurídico, pues en tal convención Colombia jugó un papel determinante donde se cambió de paradigma, pues se pasó de entender que el Derecho Disciplinario no cumplía ningún papel en la lucha contra la corrupción, pues se ocupaba solo de faltas culposas y meras irregularidades administrativas por virtud de la denostada potestad doméstica disciplinaria, a concebirse como un instrumento o herramienta idónea en tal tarea.

Significa lo anterior, en consecuencia, que los tratados de lucha contra la corrupción son instrumentos de protección de los derechos humanos en sentido material, sin que se requiera que se mencione como tal expresamente tal función -sentido formal-, lo que sugiere que Colombia ha adoptado un sistema mixto de reconocimiento sobre el punto por parte del artículo 93 de la Carta Política, puesto que a la par con el artículo 92 de la misma, son instrumentos de garantía del cumplimiento y materialización de los derechos humanos, luego entonces tal tarea no resulta banal y de segundo orden para nuestra arquitectura constitucional, sino que se debe considerar muy en serio y con efectos relevantes de naturaleza principiológica y axiológica la tarea pendiente de conectar derechos humanos con su mal mayor en cuanto afectación, incluso superior a los que producen los grupos armados violentos e ilegales, que por supuesto afecta con mayor rigor e intensidad los derechos más preciados para los sujetos vulnerables y en estado de debilidad física, psíquica y económica manifiesta.

Allí reside la importancia del trabajo que ha realizado el Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau para la Defensoría del Pueblo, liderado por el señor defensor Carlos Camargo Assís, el vicedefensor Luis Andrés Fajardo y el director de Defensoría Pública Robinson Chaverra Tipton, quien hace un recorrido amplio y extenso de las problemáticas que ofrecen los temas cruciales de discusión en materias penal y disciplinaria, estudios que servirán de importante insumo en la búsqueda e inspiración de la interpretación adecuada en las materias por parte de los operadores jurídicos, con el fin de sintonizarlas con el derecho constitucional y convencional. Se ha tomado, pues, muy en serio por parte de las cabezas de la Defensoría del Pueblo la nueva misión constitucional desarrollada por la Ley 2094 de 2021, capacitando y publicando instrumentos de trabajo para sus defensores públicos, servidores de la entidad y público en general interesados en estas significativas e importantes temáticas.

Mayo de 2024

MARGARITA CABELLO BLANCO

Procuradora General de la Nación

PRESENTACIÓN POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Como se ha afirmado, tenemos el propósito de poner en práctica estrategias en temas cruciales y de primer orden en el ejercicio de la defensa técnica, mostrando la evolución del pensamiento jurídico sobre la materia desde los confines de la civilización al entendimiento actual de los problemas, de tal manera que la capacitación y entrenamiento en Derecho Penal y Derecho Disciplinario tenga soportes históricos, culturales jurídicos, lógicos, legales, jurisprudenciales y doctrinales suficientes para un manejo amplio de la materia.

Particularmente resulta importante, crucial, vincular los temas sustanciales generales, sustanciales especiales, procesales y probatorios de tal orden, muy especialmente el tema relacionado con la decisión judicial o administrativa que declara la responsabilidad e impone la sanción, con su escrutinio frente a la Carta Política, pues siendo sus principios valores y derechos constitucionales fundamentales normas de normas, normas de aplicación inmediata sin que medie necesariamente su desarrollo legal y aún en su contra, sus efectos irradiantes sobre toda la legislación y normatividad infraconstitucional solo puede entender que a partir de sus fuentes y de su interpretación el derecho solo puede ser entendido como Derecho Penal Constitucional y como Derecho Disciplinario Constitucional.

Tales ideas son continuadas en los estudios del Tomo III, se insiste en la interpretación por principios y en una propuesta de construcción de subprincipios a partir de un desarrollo dogmático de los mismos, ampliando el espectro de las fuentes a partir del *soft law* del orden público internacional de los derechos humanos.

En los temas que implican poner en práctica la teoría continuamos con la presentación de una Parte Segunda de las prácticas litigiosas ya iniciadas en el Tomo II y se advierte sobre las controversias modernas surgidas de los descubrimientos en los últimos años a partir de las neurociencias aplicadas y sus repercusiones en el derecho y sobre todo en los procesos judiciales y administrativos, especialmente en temas como los sesgos cognitivos en la toma de decisiones y las paradojas del testimonio, pan de cada día en la praxis judicial, las cuales amplían cuantitativa y cualitativamente la problemática que conspira contra una correcta y justa, en sentido material, de una administración de justicia como lo reclaman para el Derecho Disciplinario las sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011.

Se pretende con estos estudios abrir los horizontes y la exploración de los mecanismos e instrumentos defensivos en aras de la justicia material, son una iniciación o punto de partida, jamás de llegada, de tal manera que bien pueden, en el mejor de los casos, ser tomados como viables cartas de navegación para llevar a la práctica la constitucionalización de las materias penal y disciplinaria.

CARLOS CAMARGO ASSÍS-
Defensor del Pueblo

DECIMOSÉPTIMO ESTUDIO

La autonomía e independencia constitucional del Derecho Disciplinario colombiano

INTRODUCCIÓN

¿Por qué autonomía del Derecho Disciplinario si, según parece y revisamos en todos los países del mundo occidental, en nuestra cultura jurídica del *civil law* el Derecho Disciplinario aparece entremezclado con el Derecho Sancionador Administrativo en general, como una subespecie o categoría jurídica menor de una tal especie jurídica que ya ha sido reconocida en Colombia?

Siempre ha sido una inquietud de los colombianos sobre el porqué el Derecho Disciplinario de nuestro país ha tenido tan amplia acogida a nivel internacional y, sobre todo, por qué también se ha facilitado su desarrollo bastante progresivo en intensidad y extensividad en los últimos tiempos, hasta ponerse casi que a la par del Derecho Penal. Diría que, incluso parece que en la práctica el Derecho Disciplinario fuera, en nuestro país, más importante que el Derecho Penal, llenando las mismas y quizás más páginas de la literatura penal y muchos creen más garantista, que en otros países para la efectividad de la materialización de los Derechos Fundamentales, toda vez que aparecen constitucionalmente como dos instrumentos que, según el artículo 92 de la Constitución Política, se erigen en instrumentos para su aseguramiento, habida cuenta que se constituyen como derechos instrumentales o garantía jurídica invocable por cualquier persona, natural o jurídica, ante las autoridades competentes de tales naturalezas, puesto que se ubica en el capítulo 4 sobre los "instrumentos de protección" de los derechos fundamentales consignados en el título II.

¿Por qué tanta importancia? No creo que Constitución alguna en el mundo haya elevado al Derecho Disciplinario a tal rango, equiparándolo prácticamente al Derecho Penal y poniéndolo al mismo nivel, en esa nivelación de instrumento idóneo y de similar envergadura a lo penal, en cuanto y tanto aparece implicado como mecanismo protector de los Derechos Fundamentales o Derechos Humanos.

Ello tiene que explicarse por alguna razón relevante. Muy seguramente no es muy difícil encontrarla en la Constitución Política de 1991, cuyas normas como se puede observar a partir de la consideración del susodicho artículo 92, donde creo que radica la clave para su entendimiento y comprensión, lo cual viene sugerido por un entramado de normas múltiples de carácter constitucional vinculadas con la parte dogmática o filosófica de la Constitución, refrendadas por la parte orgánica o instrumental de la misma, que dan cuenta de un fenómeno muy propio y diferente que tiene lugar en nuestro país, con respecto de lo que tiene

ocurrencia en los demás que forman e integran la cultura del *civil law*.

La Carta Política de 1991 es producto de una Asamblea Nacional Constituyente, tal vez el acto político y democrático más importante que se ha registrado en la historia institucional y constitucional de nuestra República desde el año de 1821, cuando se dio la primera Carta Magna, la Constitución de Cúcuta, patrocinada nada más y nada menos que por nuestro Libertador Simón Bolívar. A los jóvenes juristas colombianos que se aproximan a esta discusión le queda muy fácil, digamos, entender ese estatus que hoy ha adquirido el Derecho Disciplinario desde la perspectiva constitucional, toda vez que se traen, repito, múltiples normas de tal naturaleza tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica, que le otorgan un perfil muy especial, diría *sui generis* al Derecho Disciplinario. Pero ese es sin duda un estadio al cual hemos llegado a partir de un proceso histórico institucional-constitucional, momento que se identifica como una oportunidad, la Constitución Política de 1991, producto de la Asamblea Nacional Constituyente elegida popularmente por un número significativo de colombianos en elecciones libres de violencia y limpias de corrupción, donde se debatió de una manera bastante candente, álgida y profunda el Derecho Disciplinario, sobre todo mirándolo, es absolutamente claro, desde una perspectiva muy diferente a las que existen en otros países del mundo occidental de la cultura jurídica del *civil law*.

En otros países del mundo de cultura similar, el Derecho Disciplinario es una disciplina residual y accesoria, casi que como lo mientan los españoles, un apéndice o un Derecho Penal en miniatura; algo que está allí, accesoriamente pegado al penal, esperando una oportunidad, pero que se mira como el hermano menor que todavía no ha crecido, todavía no tiene la suficiente fuerza de expresión como para cumplir un papel funcional significativo en el Estado Social y Democrático de Derecho.

No se ha identificado, pues, de una manera autonómica con respecto a otras disciplinas sancionatorias que hacen parte de lo que es el gran universo, el inmenso universo de lo que es el Derecho Sancionador Administrativo que, como especie, junto al Derecho Penal, hacen parte de un género superior denominado *ius puniendi*. Sin duda alguna el Derecho Disciplinario es algo más de lo que aprecian los juristas europeos pertenecientes al *civil law*, sin asignación ninguna de importancia cualitativa dentro de ese concierto amorfo de regímenes -que no sistemas- sancionatorios. Diría, metafóricamente hablando, que es un anzuelo más perdido en un bulto o en una caja de anzuelos; entrelazados con otros allí, apretujados sin diferencias específicas y, de alguna manera, vinculados con los demás solo desde perspectivas cuantitativas mas no cualitativas, donde no se tiene visibilidad de este y mucho menos identidad.

Por eso se constata que los grandes tratadistas de Derecho Disciplinario en España, en Alemania, en Italia por ejemplo, no lo son en realidad de tal especificidad, sino del Derecho Sancionador Administrativo o Contravencional General o Penal Administrativo o Administrativo Penal; y como mucho, a veces lo identifican o individuali-

zan trayendo a colación reglas de la función pública, pero lo hacen dentro del esquema tradicional del Derecho Sancionador Administrativo, por lo que cabe preguntarse si ello es algo que realmente fructifica para su enseñanza y desarrollo, muy especialmente para su funcionalidad práctica y el cometido constitucional de una disciplina tan importante y relevante constitucionalmente como es el Derecho Disciplinario colombiano.

Es lo mismo, afirmar la estructura de la responsabilidad y, especialmente, el juicio que se hace sobre el comportamiento de un sujeto en materia disciplinaria y el control que se realiza, por ejemplo, respecto de la actividad del Banco Central o de las diferentes superintendencias de nuestra organización administrativa de control y vigilancia, especialmente la financiera o bancaria, con respecto a tal actividad en materia de ahorro, cuenta correntistas, crédito y préstamos de dinero cuando se manejan reglas sobre el "encaje bancario". ¿Qué sucede con respecto a un banco que presta más allá de lo autorizado respecto del porcentaje que debe mantener con relación a los depósitos que tiene en sus arcas? ¿Tiene la misma naturaleza la censura que se hace al banco por desencajarse que la censura ético-funcional que se puede y debe hacer a un servidor público que, por ejemplo, afecta la fe pública y la confianza en el servicio público falsificando documentos en el ejercicio de su función que le corresponde como miembro de una Cancillería, expidiendo pasaportes en estos tiempos tan álgidos de trashumancia humana entre países y que es aprovechada, por ejemplo, por organizaciones terroristas para ingresar a sus miembros al territorio de aquellos que consideran sus enemigos, una vez entrenados y formados militarmente para ello? ¿Significa eso lo mismo? ¿Es exactamente el mismo juicio de reproche? ¿Será que, con respecto a un banco, que son personas jurídicas todos -por ejemplo, en Colombia no existen barcos unipersonales o personas naturales, sino que los bancos todos son sociedades, son personas jurídicas-, se trata de la misma estructura de la responsabilidad administrativa que la del individuo que infracciona la ley disciplinaria? ¿Es lo mismo la responsabilidad de la persona jurídica que la responsabilidad de la persona natural en cuyo caso la misma está afincada en un juicio ético-funcional o en un juicio normativo de carácter ético? ¿Es lo mismo la búsqueda de la responsabilidad de la persona individualmente considerada y desde el punto de vista de la ética pública, que lo que ocurre en un banco con respecto a lo que es un fraude, por ejemplo, en materias económicas, bancarias, cambiarias, etcétera, etcétera? Creo que eso no puede ser respondido adecuada y apropiadamente dentro de ese mare mágnum amorfo de criterios, disposiciones y principios que gobiernan en general al Derecho Sancionador Administrativo.

Capítulo1
Especificidades del Derecho Disciplinario colombiano

Si algo tiene en especial el Derecho Disciplinario, es que se particulariza la imputación y el reproche en un individuo, en una persona natural, frente a las exigencias de deberes altamente personalizados, por lo que trata del comportamiento humano, bien activo u omisivo, desde una perspectiva de la "conducta oficial", tal como se desprende de manera diáfana y sin hesitación alguna de los artículos 118 y 277 numeral 6º de la Carta Política. No se rige por estados o situaciones, como sí puede ser el objeto del Derecho Sancionador Administrativo en general; por ejemplo, el bancario, el bursátil, el económico, etcétera. Aquí no podemos hablar de estados o situaciones, habida cuenta que ello implicaría violar el principio de responsabilidad por el acto y, sobre todo, ya que se trata de un juicio individual de reproche con contenido ético y jurídico, violar el principio de culpabilidad (artículos 1 y 29 ibidem).

Sin embargo, esto que parece que es así, diáfano porque desde la Constitución Política misma se identifica que existe una clara diferencia entre Derecho Sancionador en general, regulado en múltiples normas desperdigadas en su Parte Orgánica, y el Derecho Disciplinario con el penal en particular, regulados en el artículo 92 mencionado que habla de manera especial y específica de las acciones penales y disciplinarias en su parte dogmática, a veces se pone en duda, por lo que debemos preguntarnos ¿cuál es la clave para que entendamos y comprendamos los desarrollos del Derecho Disciplinario en Colombia? No creo que ello sea producto de generación espontánea del conocimiento ni de una mente brillante que, sin más ni más, ha parido una institución única en el mundo de un momento a otro, pero sí sugiere el análisis de una consciencia jurídica colectiva que con mucha anterioridad avizoró las necesidades que hoy son una realidad en el Estado moderno, pero ello sigue constituyendo un reto hacia el futuro porvenir, a partir de un momento determinado de dicha evolución del derecho positivo en Colombia, como fue lo que ocurrió en 1991 con la Constitución Política de ese año. No creo que las cosas surjan y, especialmente las ideas o los principios, por generación espontánea; me niego a considerar ello así. Por lo tanto, siendo esto uno de los derroteros a partir de los cuales he conducido mi actividad investigadora y teniendo el privilegio, tal vez, como se dice, estuve de manera oportuna en el momento adecuado y sitio adecuado, recuerdo que unos once años antes de la Constituyente de 1991, recibía mis clases de pregrado en la Universidad Externado de Colombia, entre los años de 1980 y 1984 y tuve el privilegio ser alumno de uno de los más grandes juristas que ha tenido nuestro país y que murió con otros grandes pensadores sacrificados en el holocausto del Palacio de Justicia en el año de 1985 con la toma del M-19. Mucho

ha transcurrido de ese momento a hoy; miles de cosas increíbles han pasado, incluso uno de los militantes y dirigentes del M-19 para tal momento es el presidente actual de la República y muchos de sus camaradas militantes se desempeñan en ministerios, superintendencias y, podríamos decir, en las cabezas de los destinos y las jerarquías del poder ejecutivo de nuestro Estado.

Las cosas no surgen de manera espontánea, por saltos cuánticos como se enseña en el raro mundo de la energía atómica, las cosas no surgen por milagros sino en gran medida, aunque no exclusivamente, generadas por leyes causales a partir del entendimiento correcto de la dirección de la flecha del tiempo; las cosas surgen porque detrás de ellas está toda una evolución, todo un entretejimiento de procesos causales. Recuerdo en esas magistrales clases de Manuel Gaona Cruz, recién nombrado magistrado de la Corte Suprema de Justicia, comenzando a inaugurar lo que fue su Sala Constitucional. La Corte Suprema de Justicia tenía tres salas de casación: laboral, civil y penal y se le adjuntó la sala constitucional, que no tenía el apelativo de casación porque ella simplemente se ocupaba del trámite y sustanciación de las demandas de inconstitucionalidad; es decir, instrumentaba el ejercicio de la acción pública ciudadana del control de constitucionalidad en la Constitución Política de 1886; sustanciaba los procesos y los ponía en orden, cuando el proceso estaba en el momento oportuno para dictar sentencia o fallo, llevaba su proyecto a la Sala Plena, donde con los restantes magistrados de las otras salas se tomaba al decisión definitiva.

Las clases con Manuel Gaona Cruz eran clásicas. Pero también lo eran las del gran Maestro Alfonso Reyes Echandía, el padre de la Dogmática Penal colombiana; igualmente hacían parte de esa pléyade de excelentes profesores Jaime Bernal Cuéllar, Luis Enrique Aldana Rozo, Antonio Cancino Moreno, Enrique Low Murtra y Carlos Medellín Forero, conocedores a fondo y como pocos de los intríngulis del *ius puniendi*.

Pertenecían también a la Sala Constitucional los maestros Carlos Medellín Forero y Ricardo Medina Moyano, pero muy especialmente, en los temas de *ius puniendi* el primero aparecía muchas veces haciendo pareja en las ponencias con Gaona Cruz, y sin temor a equivocarnos a ellos le debemos la comprensión actual sobre estas materias, muy especialmente en lo penal y la disciplinario. La Universidad Externado de Colombia se ha caracterizado por liderar el estudio del Derecho Penal en Colombia. Alfonso Reyes Echandía, quien introdujo la dogmática del tema en Colombia y se convirtió en el más grande penalista hasta ahora conocido en Colombia y quien fue alumno de Carlos Medellín Forero y, a su vez, Manuel Gaona Cruz fue alumno de ellos dos cumplieron un papel definitorio y definitivo en los desarrollos de nuestras dos disciplinas. Y aparecen en muchas decisiones de la Corte como componentes fundamentales de la creación jurídica autonómica y autóctona de la juridicidad colombiana; es decir, por la Sala Constitucional Medellín Forero y Gaona Cruz, y a ellos dos de sus integrantes, los más importantes sin duda alguna, se les unía en las discusiones, especialmente penal el Maestro Reyes

Echandía, que tenían individual y conjuntamente la particularidad de conocer el derecho colombiano desde lo más hondo y profundo de su ser, pero también sin duda alguna de manera espléndida el derecho comparado. Gaona Cruz, muy joven acababa de llegar de Europa de estudiar en la Universidad de la Sorbona de Francia, donde fue laureada su tesis doctoral de grado sobre el presidencialismo en Colombia; Carlos Medellín, un políglota y estudioso del derecho comparado, especialmente del *civil law* como profesor de Derecho Romano, de lo que se puede deducir el extenso e intenso conocimiento que tenían de la materia jurídica, pues Medellín ha sido tal vez el más importante romanista colombiano que hasta hoy ha existido, por lo que conformaban un trío de juristas que transformarían el *ius puniendi* en Colombia.

En el año de 1981, junio 2, a partir de la expedición del Decreto 100 de 1980 o Código Penal, la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad donde se cuestionaba que esta nueva legislación ponía a tono el Derecho Penal colombiano con el derecho europeo, al menos en lo concerniente al método dogmático, tal vez no en el momento oportuno de la dogmática que se debatía en Alemania, pero sí ingresaba Colombia a esa pléyade de países cuya modernidad penal era evidente, pues se había superado ese positivismo criminológico de Enrico Ferri, Rafael Garofalo y muy especialmente, César Lombroso, último este enarbolando un naturalismo extremo, donde se aplastaba el principio de culpabilidad y el Derecho Penal por el acto, enarbolando uno por el carácter o de ánimo, donde el sujeto deja de serlo para convertirse en objeto. La peligrosidad social como criterio de responsabilidad era abandonada con la nueva legislación de 1980 y a algún jurista se le ocurrió que ello era contrario a la Constitución y que el fundar que el Código Penal se asentara sobre la culpabilidad de la persona del delincuente dejaba inermes a los ciudadanos frente a los infractores a la ley, porque era carta abierta para que se desencadenara impunemente la peligrosidad social de aquellos sujetos -más bien objetos- que resultaban enemigos de la sociedad. Allí, de una manera muy clara, se sentencia con ponencia de Manuel Gaona Cruz, diciendo: la Constitución Política colombiana no le cierra las puertas a ninguna doctrina; todas las doctrinas son susceptibles de ser discutidas y puestas en contacto con nuestra normatividad en el sentido de servir de criterios auxiliares para los efectos de interpretar la legislación. Lo único es que, ciertamente, ninguna doctrina, por muy importante que sea y por muy importante que sea su autor, puede aceptarse si contradice las normas constitucionales; es decir, algo así como lo que se tiene presente en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, en términos coloquiales, como lo llamo en mis clases, implica que le asignamos "*peaje*" a las doctrinas extranjeras, así como la Constitución Política se los pone a los tratados internacionales de derechos humanos, que no pueden entrar sin más ni más en Colombia de manera automática, sino que tienen que sufrir un proceso de confrontación y matización que podríamos llamar muy bien control de convencionalidad, toda vez que los tratados solo pueden ingresar a nuestro medio jurídico

si establecen mejores estándares de garantías que nuestra Constitución y legislación interna en general como se deduce de su literal a); pero si nuestro orden jurídico nacional tiene mejores estándares de garantías que el tratado o los tratados si son varios los que se ocupan del tema, según el literal b), hay que aplicar nuestras normas nacionales. No se trata de qué rige con mayor vigor y jerarquía, si la Constitución sobre los tratados internacionales o los tratados internacionales sobre la Constitución, porque esta discusión decimonónica ha quedado zanjada, desde hace mucho tiempo, por el artículo 29 de la Convención Americana con el denominado principio *pro homine* o *pro libertate*.

Esto es, así como se le asigna el "peaje" desde la Constitución misma y el bloque de constitucionalidad a las convenciones sobre derechos humanos (artículos 2, 4, 93 y 94 constitucionales y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos), también era evidente que la Carta Política auto pone "peaje" a las doctrina penales, habida cuenta que estos tres grandes juristas, muy seguramente tenían, especialmente Gaona Cruz, quien manejaba muy bien la integración de los tratados internacionales con la legislación interna y por supuesto el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la formación y la habilidad jurídica para construir con relación a la doctrina nacional y foránea, las restricción con respecto a su entrada al escenario de interpretación de la legislación nacional si la misma afrentaba a los derechos fundamentales constitucionales. Si la doctrina contradice los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales, la misma no puede ser aceptada por inconstitucional, toda vez que rebajaría, por supuesto, los estándares de garantías que se han señalado como un mínimo que debe respetarse por exigencia de nuestra Constitución Nacional.

Dos años más tarde la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en 1983, se ocupa del tema disciplinario. Lo importante es que ya en la sentencia del año de 1981, la Corporación ejerciendo el control de constitucional, acuñó la frase -yo no conozco que se haya expresado con semejante contundencia en otro país-, "Derecho Penal Constitucional"; expresamente así hablaba y en cierta forma se retoma en 1983 y hasta 1985 -año en este en el que tuvo ocurrencia el suceso de la toma del Palacio de Justicia y desapareció la pléyade de magistrados antes citados, puesto que fueron asesinados al interior del Palacio de Justica-, respecto de lo que muy bien se podría denominar un "Derecho Disciplinario Constitucional", en una muy fructífera evolución que crece en franco espiral cuantitativo y cualitativo, y que marca con su impronta lo que hoy es el Derecho Disciplinario en Colombia, como también por supuesto, el Derecho Sancionador en general o *ius puniendi*.

Cuando conoció la Corte Suprema en 1983 sobre una demanda por inconstitucionalidad del Código Disciplinario de la Policía Nacional, se dijo algo, absolutamente único e inédito en el mundo del derecho comparado -no conozco que en ninguna otra parte se haya visto así el tema-: "El *ius puniendi* es uno solo. El Derecho Sancionador en general, es un género, una expresión del poder político, una muy particular expresión del poder político. Y ese género,

el *ius puniendi*, se divide en cinco especies que, a su vez, se dividirán en muchas más subespecies. La primera especie, es el Derecho Penal; la segunda especie, el Derecho Contravencional o Derecho Sancionador general, de naturaleza administrativa; la tercera especie, el Derecho Disciplinario; la cuarta especie, el *Impeachment* o el poder punitivo por indignidad política; y la quinta especie, el Derecho Correccional o de Orden Procesal Interno.

Nótese muy bien lo importante de esta afirmación: "El tercer modelo o especie del Derecho Sancionador general es el Derecho Disciplinario y se encuentra desagregado del Derecho Contravencional general o Derecho Administrativo Sancionador; es decir, se le dio un estatus especial al Derecho Disciplinario autónomo e independiente del Derecho Penal y del Derecho Administrativo. Y, ¿por qué ese estatus especial? La sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia fue creada por la Reforma Constitucional de 1968, pero solo doce años después fue que entró en funcionamiento y, claro, estos magistrados de la Sala Constitucional tenían la especialidad requerida para tan alta misión, pero además esa misma reforma constitucional había creado al Tribunal Disciplinario, un tribunal insertado en la rama judicial o administración de justicia, que se encargaba de la investigación, juzgamiento y sanción de los magistrados de las altas cortes y de los tribunales, como también de la segunda instancia de los procesos disciplinarios contra los jueces y los abogados en el ejercicio de la profesión, cuya primera instancia estaba adscrita a salas especiales de decisión de los tribunales superiores de distrito judicial.

Se trataba de una especie muy clara y definida de Derecho Judicial[1], cuyo antecedente remoto se encuentra en el artículo 155 original[2] de la Constitución Política de 1886, que había instituido una muy particular forma de entender el Derecho Disciplinario en Colombia a través de su vertiente única o *sui generis*, una subespecie de naturaleza judicial, cuya inspiración muy particular fue el "poder moral" o "areópago" como un "cuarto poder" al lado de los legislativo, ejecutivo y judicial, ideado por Simón Bolívar y propuesto en el Congreso de Angostura de 1819, cuyas funciones eran judiciales. Así mismo, frente a la pregunta sobre si la naturaleza de las decisiones del Tribunal Disciplinario eran administrativas o judiciales, la Corte Constitucional y el mismo Consejo de Estado definieron que las decisiones tomadas por tal corporación judicial eran decisiones judiciales y no administrativas, contrario a

[1] Y, en efecto, se trata de una función jurisdiccional, puesto que el artículo 155 que a continuación se cita, hace referencia al artículo 147, mismo que establecía de manera clara y sin hesitación alguna, que las faltas disciplinarias están relacionadas con la "mala conducta" en el desempeño del cargo, las que deberán ser definidas por la ley, en la cual también "se establecerán los trámites y formalidades que deban observarse para declararlas por sentencia judicial".

[2] "Son comunes a los magistrados de los Tribunales Superiores las disposiciones del artículo 147. Dichos magistrados serán responsables ante la Corte Suprema, en la forma que determine la ley, por el mal desempeño de sus funciones y por las faltas que comprometan la dignidad de su puesto".

lo que en otras latitudes jurídicas tienen entendido; por ejemplo, tal como sucede con respecto al Consejo Supremo de la Judicatura español que ejerce funciones disciplinarias, pero no es una autoridad judicial sino autoridad administrativa. Lo inédito, novedoso y particular de Colombia es que se crea una autoridad disciplinaria jurisdiccional que profiere decisiones judiciales, tienen el sello de la cosa juzgada y no pueden ser atacadas o impugnadas jurídicamente ante los tribunales de lo contencioso administrativo; puesto que, el mismo Consejo de Estado rechazó múltiples demandas contra sentencias sancionatorias contra abogados, jueces y magistrados porque se creía y afirmaba por algunos, que eso era un acto administrativo, sosteniendo que tenían control contencioso administrativo por su naturaleza administrativa por no constituir un acto jurisdiccional a pesar de ser tal orgánicamente la autoridad que lo profiere. Tales ideas novedosas frente al derecho comparado europeo, creo que pesaron lo suficiente para obtener una mirada muy particular y a la colombiana sobre el específico estatus del Derecho Disciplinario, luego entonces, estos magistrados que oficiaban como juristas en la Sala Constitucional, que conocían muy bien la reforma de 1968 y por supuesto un fenómeno único en Colombia en torno a la naturaleza jurisdiccional de dicho específico Derecho Disciplinario, que ya se había esbozado desde el nacimiento de la institucionalidad y constitucionalidad misma de nuestro país, estaban preparados para tomar tan trascendental decisión. Era diferente a lo que se concebía y sucedía en todos los demás países del mundo. Aquí existía un sector muy interesante, un Derecho Disciplinario que no era de naturaleza administrativa, si no que tenía naturaleza judicial. Pero, además, desde la Constitución de 1886, conocíamos el *impeachment* o juicios políticos por indignidad (artículos 96, 97, 98 y 101 de la Carta Constitucional de 1886, originales), con sus dos grandes vertientes:

i) la vertiente penal, que sirve de antejuicio a los procesos de juzgamiento, previa acusación de la Cámara de Representantes, ante la Corte Suprema de Justicia contra los altos dignatarios del Estado como magistrados de las altas cortes, fiscal general de la nación y presidente de la República, cuando el delito por el cual se proceda tiene pena privativa de la libertad; caso contrario o tratándose,

ii) de su vertiente disciplinaria, conoce del juzgamiento y del proferimiento de sentencia el Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes. Se ha reconocido por la Corte Constitucional, toda vez que ello viene autorizado por sus normas constitucionales, que se trata de una actividad judicial; es decir, en Colombia tenemos la misma idea que existe en el ámbito de la cultura jurídica occidental anglosajona o *common law*, acerca de que los juicios de *impeachment* son actos judiciales llevados a cabo por el poder legislativo, pero tienen naturaleza jurisdiccional.

Ahora, lo novedoso no es ello. Lo novedoso en Colombia, el aporte valioso al derecho comparado, lo auténtico, es que abrió otro campo para que entendamos que, además de lo anterior, existe otro sector del Dere-

cho Disciplinario diferente al administrativo, que es el *Derecho Disciplinario Judicial*, que tiene por supuesto naturaleza jurisdiccional y que conforma lo que hoy se llama la jurisdicción disciplinaria, en cuanto y tanto fue retomado por la Constituyente de 1991 que creó como una nueva especie de las diferentes jurisdicciones, al lado de las ordinaria, contenciosa administrativa, indígena y constitucional, creó un aparte en la Constitución Política dedicado a la llamada jurisdicción disciplinaria; algo único en el mundo. Esto, sin duda alguna, nos retrotrae a lo que podríamos denominar la historia más o menos reciente, que arranca en 1968, pero que ya en su más antigua historia se encontraba anclada en el Congreso de Angostura de 1819 y en los artículos 147 y 155 originales de la Carta Política de 1886.

Capítulo 2
El peso de la historia en la comprensión actual del Derecho Disciplinario colombiano

Allí, entonces, la plena comprensión del porqué, de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, cuando ejercía el control de constitucionalidad de acuerdo con la Carta de 1886, que establecían que existen cinco especies del Derecho Sancionador general o *ius puniendi*, entre las cuales está como tercera el Derecho Disciplinario, desagregado del Derecho Sancionador Administrativo o Derecho Contravencional en general o Administrativo Penal o Penal Administrativo, por supuesto, totalmente autónomo e independiente del Derecho Penal y del Derecho Administrativo.

Totalmente independiente desde el punto de vista funcional, mas no desde el punto de vista estructural, puesto que ello resultaría contradictorio desde los principios de la lógica, incluidos los de identidad y tercero excluido, si entre las especies pertenecientes a un mismo género es innegable que existe una relación de familiaridad constitutiva. De manera, entonces, que cuando hablamos de autonomía e independencia del Derecho Disciplinario en términos extensivos e intensivos, lo hacemos desde el punto de vista funcional, porque desde el punto de vista estructural, sin duda alguna, su ADN tiene origen en el *ius puniendi*, que se especifica en el Derecho Penal, el Derecho Contravencional General, el Derecho Disciplinario, el *Impeachment* y el Derecho Correccional o del orden procesal interno.

Hablar desde el punto de vista sistemático y dogmático de una especialidad en las ramas del derecho como en Colombia lo intentamos, resulta explicable por qué la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se tomó muy en serio esa jurisprudencia trascendental de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se diferenció como lo hace el artículo 92 constitucional actual, norma de la parte dogmática de la Constitución, al interior del Derecho Sancionador en general o *ius puniendi*, entre Derecho Penal y Derecho Disciplinario, pero además, que haya puesto a este en un mismo sitial de aquél, al igual nivel jerárquico, equiparando en importancia al Derecho Penal y al Disciplinario como instrumentos de protección de los Derechos fundamentales individuales, colectivos y públicos (título II, capítulo 4) y a lo largo de la parte orgánica haya establecido normas concretas y específicas que lo destacan frente a otras especies punitivas, por ejemplo, como se advierte en los artículos 118, 257A -antes 256-, 277 numeral 6º y 278 de manera absolutamente clara, dando cuenta de la existencia de un Derecho Disciplinario diferente al penal y al administrativo, desagregado del Derecho Administrativo Sancionador general o Derecho Contravencional general.

Esto ha permitido, entonces, que en esa evolución importantísima se haya creado en Colombia la idea muy clara de que

el Derecho Disciplinario es autónomo e independiente, lo que muy temprano fue afirmado por la Corte Constitucional en sentencia C-417 de 1993, donde se expresó que "el Derecho Disciplinario, cualquiera que sea, es uno solo, es el mismo ante cualquiera de sus diferentes manifestaciones" y a ese Derecho Disciplinario se le aplican los mismos principios. ¿Qué significa esto? Que hay una rama especial en Colombia que se llama Derecho Disciplinario y que esa rama, independiente del penal y del administrativo, tiene varias manifestaciones, como lo sabemos también por virtud constitucional, como son:

i) la jurisdicción disciplinaria, conformada por el antes llamado Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Jurisdiccional Disciplinaria y sus consejos seccionales, hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial y comisiones seccionales homólogas (anterior artículo 256 de la Carta Política de 1991 y actual, que lo deroga, 257A de la Reforma Constitucional de 2015;

ii) otra Jurisdicción a medio camino entre lo político y lo jurisdiccional, como lo es la pérdida de investidura de congresistas, diputados y concejales a cargo del Consejo de Estado y los tribunales administrativos de departamentos (artículos 183, 184 y 237 numeral 5º de la Carta Política);

iii) una Jurisdicción con alto contenido político regida por los principios de conveniencia y oportunidad, como lo es el *Impeachment* disciplinario (artículos 174, 175, 178 numerales 3º, 4º y 5º, y 235 numeral 2º de la Carta Política);

iv) la jurisdicción disciplinaria especial a cargo de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, según el origen del procurador General de la Nación, para su investigación, acusación, juzgamiento y sentenciación por faltas disciplinarias (artículos 83 numeral 1º de la Ley 734 de 2002 y 100 de la Ley 1952 de 2019), que en el origen constitucional de 1886 estaba a cargo del *Impeachment* (artículo 102);

v) un sistema disciplinario administrativo que se expresa en el control externo -*Procuraduría General de la Nación y personerías distritales y municipales*- (artículos 118, 277 numeral 6º y 278 de la Carta Política) y en control interno -artículo 209 constitucional-;

vi)un Derecho Disciplinario mixto o delegado, referido al control disciplinario de las profesiones y oficios liberales, a cargo de los tribunales y comités de ética de naturaleza particular, pero cuya función ha sido delegada por virtud constitucional según el inciso final del artículo 26 de la Carta Política, con la característica que sus decisiones son competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (artículo 104 del CPACA); y,

vii) posteriormente surge, a través de sentencias importantes construidas a golpe de tutelas y con amparo en el artículo 29 de la Carta Política, la teoría de un Derecho Disciplinario Privado diferenciado en: *a) Organizacional* (artículos 640, 641 y 642 del Código Civil); y, *b) Empresarial* (Código Sustantivo del Trabajo), fundado en los efectos horizontales de los Derechos Humanos, confirmado fehacientemente por la sentencia T-276 de 2014.

El Derecho Disciplinario Privado de las organizaciones y el Derecho Disciplinario Privado de las empresas. El Derecho Privado de las organizaciones es aquel que se practica por organizaciones constitutivas de personas en sentido jurídico, que se organizan conforme a los artículos 640, 641 y 642 del Código Civil colombiano, que data nada más y nada menos que de 1887, y a su vez de 1873, desde la base misma de nuestra creación institucional como República, tomado del Código Civil chileno de 1853, que a su vez fue tomado del Código Civil de Napoleón de 1804.

Se trata, por supuesto, de la responsabilidad disciplinaria de las personas naturales de naturaleza privada que conforman la persona jurídica, lo cual deviene del Código Civil cuando establece:

TÍTULO XXXVI

De las personas jurídicas

Artículo 633. Definición de persona jurídica. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.

Artículo 634. Fundaciones. No son personas jurídicas las fundaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley.

Artículo 635. Remisión normativa. Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código, y por el Código de Comercio.

Tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional.

Como se puede observar, existen condicionamientos para la existencia de la persona jurídica, mismos que determinan por supuesto la responsabilidad de las personas naturales que las conforman, lo cual debe diferenciarse de los trabajadores de la persona jurídica, toda vez que estos no están sujetos al Derecho Disciplinario organizacional, sino al Derecho Disciplinario empresarial.

Igualmente, debe precisarse, nos referimos a personas jurídicas de naturaleza privada, pues si se trata de públicas, el régimen disciplinario es el contenido en la relación especial de sujeción estandarizada, representada por la Ley 734 de 2002 y por la Ley 1952 de 2019, según se desprende del artículo 635 del Código Civil.

El Código Civil establece, ya en punto al Derecho Disciplinario privado organizacional:

Artículo 641. Fuerza obligatoria de los estatutos. Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan.

> *Artículo 642. Derecho de policía correccional. Toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerá este derecho en conformidad a ellos.*

En los estatutos se establecen derechos, obligaciones, deberes, sujetos obedienciarios (autoridades disciplinadoras) y sujetos destinatarios (sujetos a disciplina), procedimientos, recursos, instancias, sanciones, etcétera. El artículo 642 establece el principio de disciplina inherente o consustancial a toda organización para asegurar su propia subsistencia y pervivencia.

También se precisa, en cuanto a los estatutos corporativos, lo que viene a constituirse en su aparte pertinente en el "régimen disciplinario", que:

> *Artículo 636. Reglamentos o estatutos de las corporaciones. Derogado tácitamente por los art. 40, 42 y 43, Decreto 2150 de 1995.*
>
> *Los reglamentos o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del poder ejecutivo de la Unión, quien se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.*
>
> *Todos a quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al poder ejecutivo ya citado, para que en lo que perjudicaren a terceros, se corrijan, y aun después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarles.*

Implica lo anterior, como en un Estado de Derecho, que no existen poderes incontrolados. Aquí, un poder privado, está sujeto a control por virtud de los efectos horizontales de los derechos fundamentales, pues la jurisprudencia constitucional ha extendido la garantía del debido proceso a los procesos disciplinarios privados, según se aprecia paladinamente en la sentencia T-276 de 2014.

El Código Civil extiende dichas reglas a otro tipo de personas jurídicas:

> *Artículo 650. Normatividad de las fundaciones de beneficencia. Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o solo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el presidente de la Unión.*
>
> *Artículo 651. Lo que en los artículos 637 hasta 649 se dispone acerca de las corporaciones y de los miembros que las componen, se aplicará a las fundaciones de beneficencia y a los individuos que las administran.*

En toda persona jurídica objeto de creación se debe, cualquiera que sea su finalidad, misión o función, tener un estatuto. En dicho estatuto se definirá muy claramente los deberes y obligaciones de las personas que la constituyen, pero además todo lo que es su régimen estatutario de funcionamiento y,

sobre todo, su régimen de sanciones, estableciendo competencias, cuáles son las faltas y determinando cuáles son las sanciones por imponer; pero lo más lindo y hermoso de esto es que, el artículo 642 dice muy claramente, que tendrá su propia Policía Correccional. La expresión "*correccional*", históricamente, hoy tenemos que entenderla como Policía Disciplinaria, conforme a los términos actuales al uso.

Posteriormente, en 1948, se separa el Código Laboral del Código Civil, y consecuentemente se crea la especialidad del Derecho Disciplinario Privado laboral o empresarial, y a través del Código Sustantivo del Trabajo se crea una figura que tiene que ver con la separación, por parte del empleador, del individuo trabajador o la cancelación del contrato de trabajo por razones de tipo disciplinario amén de otras sanciones, y se establece posteriormente que todas las empresas deben, especialmente cuando tienen un número determinado de servidores o trabajadores -obviamente empresas privadas-, crear y tener su propio Reglamento de Trabajo, estatuto jurídico en el cual se debe establecer todo lo relacionado con derechos, obligaciones, deberes, faltas disciplinarias, sanciones, competencias, procedimientos, recursos, etcétera, que implicará entonces que esa autoridad privada tome una decisión sujeta a los controles del Estado de Derecho, también por virtud de los efectos horizontales de los Derechos fundamentales, decisión que solamente puede entrar a ejecutarse cuando afecta el vínculo laboral, por ejemplo, con la destitución del servidor privado, con la asunción del aval que deben otorgar los jueces laborales ordinarios para levantar el fuero sindical cuando el trabajador aforado tiene como empleador a un particular, obviamente debería entenderse que no en el evento del servidor público, caso en el cual debería ser el contencioso administrativo quien levante el fuero protector, incluso cuando se trate de trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, es decir, los que no tengan la calidad de funcionarios públicos.

Esta cuestión hoy arduamente discutida en Colombia, en torno a si esto debería ser así cuando se trata de trabajadores oficiales, pues debería ser el juez contencioso administrativo quien se pronuncie en torno al punto, dada la naturaleza administrativa especial del vínculo oficial fundado en la relación especial de sujeción pública, pues se ha convertido en costumbre que la competencia se otorga a los jueces laborales ordinarios y no a los contencioso administrativos desconociendo la especialidad y especificidad de las diferentes jurisdicciones.

Por tanto, tenemos entonces, las dos grandes vertientes del Derecho Disciplinario Privado: el *Derecho Disciplinario Privado organizacional* y el *Derecho Disciplinario Privado empresarial*. Y se produce por la Corte Constitucional, en el marco de dicha evolución histórica, una importantísima sentencia llamada T-276 del 2014, muy interesante, donde dice: "El Derecho Disciplinario es uno solo, cualquiera que sea su naturaleza, reiterando la C-417 de 1993". Ahora, ya la afirmación no se hace dentro de las diferentes manifestaciones de subespecies del Derecho Sancionador Público Disciplinario, sino del Derecho Sancionador Disciplinario en general, público o privado o mixto o delegado, donde

todas las subespecies se rigen por unos mismos principios, por unos mismos criterios y se les aplica, en su configuración, todo lo que demandan las garantías procesales y derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y en las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Entre uno y otro, a la par, existe un Derecho Disciplinario mixto o delegado, que es el Derecho Disciplinario relacionado con lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta Política, que tiene que ver con el ejercicio de las profesiones y los oficios liberales; es decir, todo lo que tiene que ver con estas profesiones salvo el Derecho o Abogacía, porque este está regido por una autoridad jurisdiccional pública, como es la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las comisiones seccionales de disciplina judicial, aun cuando se estableció en la Reforma Constitucional de 2015 que podrían estar en cabeza de los colegios profesionales si así lo establecía la Ley. Se trata de personas privadas: médicos, odontólogos, psicólogos, ingenieros, arquitectos, contadores públicos, todo lo que se conoce como profesiones liberales; incluso hoy existen reglas legales que desarrollan ese artículo 26 respecto a, por ejemplo, maestros de obras como los fontaneros, los talabarteros, como los maestros de obra en albañilería, etcétera; es decir, el modelo de vigilancia, control e inspección de actividades que causan riesgos sociales de que da cuenta el artículo 26 de la Carta Política. Similar a lo que sucedía con la especie de los gremios de oficio que aparecen en los siglos XI y XII de nuestra Era Común en la Europa Medieval, cuando apenas salíamos de la Alta Edad Media y nos aproximábamos a la Media Edad Media o los antecedentes de la Baja Edad Media. Allí, en esa época, esos sujetos son privados; puede que cumplan una función social que, de alguna manera, crean riesgos sociales y los riesgos sociales tienen que ser, no suprimidos por el Estado, sino controlados, surge a partir de ello un tema importantísimo para el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal, que es lo que se conoce como la "imputación objetiva", que en Colombia tiene rango constitucional, pues al regularse por la autoridades encargadas de intervenir en la sociedad las actividades que causan riesgos sociales surge, a partir de la regulación, lo que se denominan "riesgos jurídicamente permitidos y los riesgos jurídicamente desaprobados", cuales conducta caigan en los primeros no pueden ser consideradas en sus resultados como antijurídicas, pues si es jurídico el riesgo creado, también lo tendrá que ser su producido y viceversa, respecto de los riesgos jurídicamente desaprobados. Son personas naturales y de naturaleza privada quienes son sujetos de la acción disciplinaria, la ejercen los colegios profesionales o los tribunales o comités de ética, que son organizaciones privadas, pero, de allí la mixtura, son considerados o asimilados a actos administrativos y por lo tanto son controlables por la jurisdicción contenciosa administrativa (artículo 104 del CPACA).

Significa, sin más ni más, que en Colombia vía institucional y jurisprudencial constitucional se ha creado una muy especial manera de entender el *ius puniendi*, totalmente diferente a otras latitudes, especialmente en la perspectiva del *civil law* occidental, que parte de un Derecho Disciplinario que

se constituye en un Derecho Penal en miniatura o un apéndice del Derecho Penal hoy en día, o en un apéndice del Derecho Contravencional general o Derecho Administrativo Penal o Penal Administrativo, que a su vez es un apéndice del Derecho Administrativo, de tal manera que solo se explica cómo control interno, surgido a partir de la cláusula exorbitante de la "potestad doméstica", de creación pretoriana. Por el contrario, en nuestro país, el Derecho Disciplinario nace directamente de la Constitución Política, inicialmente de la de 1830 que constitucionalizó el "poder moral" aunque adscrito al presidente de la República; independizado en 1853 al establecerse la elección directa del procurador General de la Nación por voto popular ciudadano; restablecida su adscripción a la Presidencia por la Carta Política de 1886; reforzada su independencia por la reforma constitucional de 1945 a establecer que, aunque de terna enviada por el presidente, la elección del procurador General se debía hacerse por la Cámara de Representantes como cabeza del Ministerio Público; para encontrar, con la Carta Política de 1991 su autonomía como órgano de control autónomo e independiente, según los artículos 113, 116, 118, 277 6º y 278.

Como consecuencia de ello, a la par del entendimiento también de otra institución *sui generis* en Colombia respecto al mundo, como lo es la Procuraduría General de la Nación, tal cual es la jurisdicción disciplinaria, surge una especialidad jurídica o rama del Derecho diferente al penal y diferente a todo lo demás del Derecho Sancionador Administrativo, con fundamento constitucional y naturaleza directamente constitucional, encargada de investigar, acusar, juzgar y sancionar las faltas disciplinarias de naturaleza pública.

Muy buen criterio del constituyente primario y de la Corte Constitucional al desarrollar esos parámetros establecidos por las normas constitucionales mencionadas y los criterios jurisprudenciales sentados por la Corte Suprema de Justicia cuando ejerció en su Sala Plena el control de constitucionalidad entre los años de 1981 y 1985, fecha última cuando tiene ocurrencia los sucesos del Holocausto del Palacio de Justicia.

Hoy presentamos una forma especial o rama del Derecho que se llama Derecho Disciplinario tan importante como el Derecho Civil, como el Penal, como el Derecho Administrativo, como el Laboral, etcétera. De hecho, la Universidad Externado de Colombia tiene una especialización que titula Especialización en Derecho Disciplinario. En construcción también se encuentra el diseño sistemático y curricular de lo que hemos denominado el Derecho Sancionador en forma de maestría.

¿Por qué se produce todo esto, tan particular, en Colombia? Ya lo identificamos, porque la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena desagrega del Derecho Contravencional General o Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Disciplinario. Lo explica aparte de aquél, funcionalmente autónomo, aunque de manera relativa, estructuralmente autónomo; estructural porque pertenece al género Derecho Sancionador. Funcional sí plenamente autónomo, por cuanto cumple un papel muy específico, en la medida en que según los artículos 118 y

277 numeral 6º de la Carta Política se ocupa de la "conducta oficial" o "conducta profesional" o "conducta laboral u organizacional" de sus sujetos destinatarios, como lo han establecido las sentencias C-417 de 1993 a la T-276 del 2014. Es una teoría sistemáticamente entendida, armónica, no perfecta porque nada es perfecto en las obras humanas, es algo así como el parangón del hombre en evolución, lo cual no pudo ocurrir en unos pocos años, tuvo que sufrir un proceso o una construcción pausada, una construcción por virtud de una consciencia colectiva que iba impulsando las conciencias individuales, a veces, incluso, de manera inconsciente para ir pergeñando estas figuras que comienzan a brotar recientemente como nuevas instituciones a partir de la Reforma Constitucional de 1968.

Me he dado a la tarea de seguir investigando el tema y creo que la clave está en la mente del Libertador Simón Bolívar y en las particularidades de instituciones como la Procuraduría General de la Nación y la jurisdicción disciplinaria, de lo cual ha surgido un Derecho Disciplinario del Control Externo de naturaleza constitucional. Me explico. El Derecho Disciplinario se diferencia del de las demás latitudes del concierto universal, del *civil law* de nuestra cultura de occidente, por cuanto como Derecho Disciplinario en Colombia no pertenecemos a la especie Derecho Contravencional general o Derecho Sancionador Administrativo general, o Penal Administrativo o Administrativo Penal, sino que constituimos una especie diferente al lado y en el mismo nivel de importancia que la del Derecho Penal, del *Impeachment* y del Derecho Correccional o de Orden Procesal Interno, lo cual no puede ponerse en duda dada la relevancia que para el efecto le otorga el artículo 92 constitucional, por virtud de su redacción y la posición que ocupa en un título y en un capítulo transcendentales de la parte dogmática de la Carta Política de 1991[3].

Esto le suministra la autonomía funcional plena y la autonomía de carácter estructural relativa, desde el punto de vista sistemático dogmático. Pero la clave está en que el punto de partida, el punto de arranque de esta construcción jurídica, que pienso que se ha efectuado desde una conciencia colectiva, a veces no perceptible de manera consciente de manera individual, pero el pensamiento y los principios fluyen en el cerebro, las facultades neurológicas humanas trabajan constante y permanentemente aún de manera inconsciente, como la neurociencia moderna lo ha demostrado; especialmente cuando dormimos, el cerebro organiza cosas, ideas, pensamientos y sentimientos que no percibimos conscientemente; la conciencia colectiva va creando, digamos, unas estructuras que comienzan a desarrollarse, a veces de manera inconsciente y paulatinamente, vamos tomando conciencia de ello a través de los estudios científicos que se hacen del Derecho.

[3] Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. El Libertador Simón Bolívar: Derecho Disciplinario preventivo, comportamientos estimulantes y sanciones positivas. Su engranaje con la figura actual y en franca construcción del compliance público y privado, en Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 44, n.° 116, enero-junio de 2023, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 163-204.

Arranca, diría y es mi planteamiento con la diferencia también con respecto al derecho europeo y su *civil law* extendido en todo el mundo, como lo entienden también muchos países latinoamericanos, que allá en esas latitudes el Derecho Disciplinario surge de la práctica consuetudinaria del Derecho Administrativo, es decir, tiene construcción pretoriana, a través de las llamadas figuras de las cláusulas exorbitantes, especialmente de aquella cláusula que tiene que ver con la potestad necesaria en toda organización para poder orden interno en la misma que, en el mundo entero, ha sido, el ADN específico del Derecho Disciplinario para explicarlo dentro del ámbito de lo que es la función pública: "la potestad doméstica", pero en Colombia el proceso sufrido ha sido muy diferente.

La potestad doméstica es la figura recursiva que como instrumento heurístico más se esgrime en la casi todos los países del mundo occidental de la cultura *civil law* para explicar el nacimiento del Derecho Disciplinario. Potestad doméstica que comienza, primero como incontrolable, por cuanto el dogma de la tridivisión del poder en su versión clásica de Montesquieu y Becaría, dada su ortodoxia y radicalidad, daba cuenta que el ejecutivo administraba y ejecutaba, el legislativo legislaba y la rama judicial decidía, sin que entre ellas se injirieran en sus exclusivas y excluyentes facultades. No existía posibilidad alguna que entre ellos se dieran funciones transversales. El Derecho Disciplinario comenzó a implicar el reclamo del reconocimiento de funciones transversales para la rama ejecutiva o administrativa, propias de la administración de justicia como era decir el derecho o discernir a partir de lo que implica el reconocimiento o negación de derechos, obligaciones y deberes, con su consustancial e inherente sanción jurídica, bien positiva o negativa (para el efecto, artículos 4[4] 5[5] y 6[6] del Código Civil).

Pero como el dogma, en términos ortodoxos de la separación del poder, no podía permitir que interfiriera el judicial en el ejecutivo, era una zona indemne al control, una zona impermeable al mismo, donde no podía entrar a ejercerse el control, lo que explicaba la llamada Teoría clásica de la relación especial de sujeción heredera, con algunos retoques, pero con la misma sustancialidad, de la Teoría de la monarquía constitucional alemana que le dio origen

[4] Artículo 4o. Definición de ley. Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

[5] Artículo 5o. Penas en la ley civil. Pero no es necesario que la ley que manda, prohíbe o permita, contenga o exprese en sí misma la pena o castigo en que se incurre por su violación. El Código Penal es el que define los delitos y les señala penas.

[6] Artículo 6o. Sanción y nulidad. La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.
En materia civil, son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

al concepto, donde toda la actividad administrativa se regía por los principios de conveniencia y oportunidad. En términos coloquiales colombianos, lo he calificado como el método *secundus marranus*, según el marrano de turno, porque allí lo único que rige es la arbitrariedad. No son funciones discrecionales, es la discrecionalidad trasuntada en arbitrariedad, porque ya sabemos que en el ejecutivo, particularmente, se realiza la transustanciación del *partido político* que triunfa en el poder y a través del mismo partido político pues, en el poder, van a tener sus copartidarios o correligionarios acceso al Estado como sus nuevos dueños; en consecuencia, servirá el Derecho Disciplinario de la práctica pervertida de la institución para perseguir a la oposición, pero también para proteger a los adeptos del partido al que pertenece y han coptado. Posteriormente, advienen los esquemas técnicos de control de la Administración. Se mejora un poco, por atenuación, el sistema de arbitrariedad cuando se establece la vigencia de la carrera administrativa. Más adelante el Consejo de Estado francés, en el famoso fallo blanco de 1848, asume el control contencioso administrativo de la actividad del ejecutivo, pero el control que se ejercita en un principio es a grandes rasgos un control muy formal, especialmente porque si se trataba de facultades discrecionales, era muy poco lo que tenía que ver con la legalidad en vigencia de los principios de conveniencia y oportunidad, lo cual irá a variar drásticamente con las constituciones modernas. Los "derechos fundamentales ya no valen en el ámbito de la ley, sino que es la ley la que vale en el ámbito de los derechos fundamentales", lo cual nos lo recuerda la tutela todos los días a partir de lo señalado en el artículo 86 de la Carta Política. Entonces, así las cosas, también en el Derecho Disciplinario deben regir las garantías que rigen para el Derecho Penal *mutandis mutandis*, a partir de un juicio analógico *in bonam partem*, que como pólvora se riega por todo el mundo siguiendo las enseñanzas de las Constituciones Políticas de posguerra, luego del triunfo de los aliados sobre la Alemania de la tragedia nacionalsocialista, inclusive muy incidente, entre otras razones, de lo que impulsó las decisiones de la Corte Suprema de Justicia colombiana entre los años de 1981 y 1985.

Y se establece, entonces, que el Derecho Disciplinario no podía seguirse manejando como antes de los años 1950 se hacía; es decir, se produce el cambio del constitucionalismo antiguo al constitucionalismo moderno, de lo formal a lo material, lo que resulta muy importante porque también, dentro de este movimiento, encaja la Constitución Política de 1991 y el desempeño de la Corte Constitucional con su jurisprudencia significativamente relevante sobre la materia.

En el ámbito europeo la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Disciplinario no resultó ser una labor sencilla. Como se destacó, la fórmula se encontró en la analogía *in bonam partem*, empero, es claro que *per se* ello no es tan sencillo cuando las razones de derecho que explican a cada una de dichas disciplinas no son las mismas, puede que se parezcan, pero difieren. De todos modos, dado que se trata en ambos casos de regímenes jurídicos punitivos, la restricción de derechos acerca el juicio analógico en los aspectos

jurídicos, de allí que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos paulatinamente fue aceptando y generalizando la aplicación de las garantías penales sustanciales y procesales al Derecho Sancionador Administrativo.

En el concierto interamericano las cosas resultaban mucho más fáciles, las garantías judiciales de entrada se anuncian como aplicables a otros regímenes jurídicos sancionatorios no judiciales, sino administrativos, toda vez que el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos supera en estándares de garantías al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que las reduce a la materia penal, cuando el primero lo extiende a materias civiles, fiscales y de "cualquier otra índole".

Muy seguramente Gaona Cruz, familiarizado con ello por sus estudios en Francia, pero además habiendo vivido muy de cerca la gestación y florecimiento de la Constitución Política española, conocía la problemática y las soluciones que ofrecía la integración de los tratados internacionales sobre derechos humanos a los órdenes jurídicos nacionales, por lo que, habiéndose incorporado la Convención Americana de Derechos Humanos al orden nacional por la Ley 16 de 1972, no había que efectuar esfuerzo alguno por aplicar las nuevas teorías sobre garantías judiciales a los procesos judiciales y administrativos de carácter disciplinario.

Capítulo 3
La línea argumental básica y las perspectivas

Allá, en otras latitudes como en el *civil law*, el Derecho Disciplinario nace del Derecho Administrativo y, prácticamente, al margen de la ley y por virtud de un procedimiento basado en la fuerza pretoriana de construcción jurisprudencial; mientras en Colombia se origina, directamente, de la Constitución Política de 1830 y por empuje de los constructores de nuestra institucionalidad, como consta en el discurso del Congreso de Angostura ofrecido por Bolívar en 1819 y de los decretos presidenciales que preparaban el articulado a discutir en la Asamblea Constituyente que dio origen a la Constitución de Cúcuta de 1821, donde finalmente no se entendió la idea de Bolívar, pero se dejó constancia que su propuesta se publicaba, para ser mejor estudiada hacia el futuro y, eventualmente, poder ser adoptada.

En otras latitudes el Derecho Disciplinario es un derecho disciplinario del Control Interno, de baja intensidad, solo se ocupa de pequeñas irregularidades y abarca casi que exclusivamente faltas disciplinarias por imprudencia, lo cual es su sistema preferido de imputación subjetiva general. En Colombia, además de ser un Derecho Disciplinario Constitucional, es un Derecho Disciplinario del control externo, toda vez que el "poder moral" debía ocuparse en su cámara disciplinaria sobre asuntos de interés primario y principalísimo para el Estado, como los atentados contra la Moral Pública y el Patrimonio Público, como también la Cámara Preventiva se encargaría de preparar la institucionalidad en la formación de los futuros ciudadanos de la Patria en el civismo y la democracia, esto es, en temas cruciales como los hoy asumidos por la Convención Mundial de Lucha Contra la Corrupción de la ONU (Ley 970 de 2005) que le asigna al Derecho Disciplinario un papel muy destacado en ello, lo que ratifica, además, precisando que la corrupción agrede y afrenta a los derechos humanos, especialmente los de los más débiles como los niños, ancianos, desvalidos y enfermos mayormente que lo que hace la criminalidad violenta, según la Resolución de diciembre 6 de 2019 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Se completa así el círculo virtuoso del Derecho Disciplinario colombiano, un control externo cuya tendencia a la judicialidad es evidente[7], que se ocupa de temas cruciales

[7] Por ejemplo, la institución del Ministerio Público se regulaba en el título XIV de la Carta Política de 1886, entre los títulos XIII y XV, que daban cuenta "Del Consejo de Estado" y "De la Administración de Justicia", respectivamente. Igualmente, el artículo 119 constitucional, referido a las funciones presidenciales en relación "con el poder judicial", establecía entre otras la de "Nombrar y remover a los funcionarios del Ministerio Público", incluido el procurador General de la Nación como se establecía en el artículo 142 ibidem.

para la vida institucional y democrática del país y de la comunidad internacional, como posteriormente se complementó en el año de 1989 con la creación de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, idea y obra del Procurador Alfonso Gómez Méndez, que permitió por mucho tiempo que se investigaran eficaz y efectivamente vía disciplinaria en Colombia las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, que se echaban de menos en la actividad procesal penal, lo que ha obtenido un gran reconocimiento por los tribunales internacionales, especialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que si bien ha dicho que no es posible soslayar la necesidad de una respuesta penal en tales casos, pues el significado de la gravedad de la sanción disciplinaria queda muy por debajo en términos de proporcionalidad con los de la justicia penal, sí aporta la justicia disciplinaria verdad y facilita la reparación, toda vez que sus resultados pueden ser utilizados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la omisión e inercia del Estado en la protección internacionalmente debida.

Esa tendencia hacia la judicialidad fue evidente en la práctica de la institucionalidad del Ministerio Público, pues recuérdese como, cuando se introdujo en Colombia hacia los años de 1960 la figura de los jueces de Instrucción Criminal, los servidores la Procuraduría General de la Nación podían actuar como tales, asumiendo, además cuando se adoptó el sistema de Policía Judicial, su Dirección, hasta el punto que el director Nacional de Instrucción Criminal dependió por bastante tiempo oficialmente de la Procuraduría General de la Nación, hasta la reforma constitucional de 1991, cuando pasó a hacer parte de la dirección del fiscal General de la Nación, aun cuando conserva, para los efectos disciplinarios las funciones de Policía Judicial y su naturaleza jurisdiccional cuando de injerir en derechos fundamentales se trata, según el artículo 277, inciso final[8], de la Carta Política y los desarrollos efectuados por la Ley 1952 de 2019:

TÍTULO VII

Atribuciones de policía judicial

Artículo 200. Atribuciones de policía judicial. En desarrollo de las atribuciones de policía judicial, en los términos del artículo 277 de la Constitución Política, solo el procurador General de la Nación podrá de oficio o a solicitud de la autoridad disciplinaria, debidamente motivada, ejercer estas funciones. En el proceso que se adelante por faltas disciplinarias catalogadas como gravísimas, cometidas por los servidores públicos determinados en el artículo 174 de la Constitución Política, solo el procurador General de la Nación tendrá a su cargo las funciones de policía judicial. (Modificado por el artículo 31 de la Ley 2094 de 2021)

Artículo 201. Intangibilidad de las garantías constitucionales. Las actua-

[8] "Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias".

ciones que se realicen en ejercicio de las atribuciones de Policía Judicial lo serán con estricto respeto de las garantías constitucionales y legales.

El Libertador Simón Bolívar señaló en sus escritos desde 1815 y, especialmente, a través de Decretos en el famoso Congreso de Angostura de 1819, que había que seguir las enseñanzas de los países europeos que habían adoptado la sistemática de la tridivisión del poder y, como tal, entonces, había que instituir un Estado formado por tres poderes: legislativo, judicial y ejecutivo; pero, como estábamos en una sociedad que dejaba una vida colonial por más de tres siglos, se requería formar a los ciudadanos en civismo y democracia, pues como dijo el expresidente Darío Echandía muy inteligentemente hace unas cinco décadas, estamos en Cundinamarca y no en Dinamarca, por lo que había que crear instituciones especiales que respondieran a esa realidad propia que daba cuenta de una cultura jurídica adversa a la democracia y a la civilidad. Por lo tanto, hay que crear un "cuarto poder", que esté al lado de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, al que denominó el "poder moral". Y ese "poder moral" se reflejaría en su propuesta al Congreso de Angostura de 1819, en lo que llamaría el "areópago", siendo una reminiscencia del gran foro de la Grecia Antigua en el cual se discutían los problemas políticos y públicos más acuciantes para la supervivencia de esa sociedad en formación. Dos cámaras, debería tener el "Areópago": una cámara disciplinaria encargada de la investigación y sanción de los servidores públicos que incurrieran en afrentas mayúsculas contra el Estado, como aquellas que tienen que ver con el manejo del Patrimonio Público y la Moral Pública. Aquí también, como se nota prima facie, se diferencia el Derecho Disciplinario del de Control Interno, tanto disciplinario como de gestión, verdadero antecedentes de las figuras del artículo 209 de la Carta Política de 1991, porque el Derecho Disciplinario del Control Externo visionado por Bolívar era un Derecho Disciplinario de alta intensidad, no un derecho disciplinario de las faltas culposas y las meras irregularidades administrativas, puesto que el "areópago", en su cámara Disciplinaria se ocuparía de temas de alta y gran envergadura, lo que hoy tiene claro reconocimiento en los artículos 88 y 209 constitucionales con la consagración como derechos colectivos de la llamada moralidad pública o ética de lo público. Es un Derecho Disciplinario no de baja intensidad, sino de alta intensidad el que caracteriza al derecho disciplinario en Colombia, entonces, las características de ser derecho constitucional, derecho de control externo porque no hace parte del control interno de las instituciones, sino que está por fuera -se le adjudica en 1830 la función a la Procuraduría General de la Nación, un órgano de control que pertenece, en el pensamiento de Bolívar a un *Control Externo*, que debería ser independiente al legislativo, al judicial y al ejecutivo-administrativo, con unas funciones judiciales, pero su tesis no triunfó. La otra Cámara tendría funciones preventivas, inaugurando un Derecho Disciplinario Preventivo, más parecido en cuanto a funcionamiento de inspección, control y vigilancia a lo que hoy representa la idea del "Control Interno de Gestión".

Pero materialmente su tesis triunfó en su concepción de un "poder moral" a través

de la institucionalización y constitucionalización de la Procuraduría General de la Nación, aunque inicialmente hizo parte del ejecutivo, como una especie de magisterio moral (1830); reforzado en su independencia y autonomía como Ministerio Público con la elección vía voto popular de su cabeza y representante (1853); vuelve a la concepción originaria (1886) de 1830; se fortalece su independencia con la elección del procurador General de la Nación a cargo de la Cámara de Representantes como cabeza del Ministerio Público (1945) aunque de terna presidencial, magisterio moral que por muchos años fue respetado por el presidente de la República de Colombia. Con la Carta Política de 1991 la Procuraduría General de la Nación se convierte en un órgano de Control Autónomo e Independiente, respondiendo, como se puede apreciar, a los más altos ideales del Libertador Simón Bolívar, cortando en gran medida la dependencia con la Presidencia de la República, pues de los ternados solo uno podía ser postulado por el jefe del Estado, los dos restantes por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, respectivamente.

Era tan importante el magisterio moral que se reconocía en la Constitución de 1886 al procurador General de la Nación, que en cierta forma ello derivaba de una función supletiva o residual que cumplía según la reforma de 1853, cuando se independizó totalmente del presidente de la República y, por el contrario, si el mismo faltaba temporal o definitivamente, mientras se convocaba a elecciones, lo reemplazaba en el ejercicio de la Presidencia de la República.

Y finalmente como tercer punto, no se ocuparía de pequeñas irregularidades, de cuestiones relacionadas con faltas culposas exclusivamente, faltas e irregularidades menores, sino de cuestiones muy importantes, como la moralidad pública y la defensa del patrimonio público. Posteriormente, en 1945, era elegido por la Cámara de Representantes, cabeza del Ministerio Público en la Constitución de 1886, adquiriendo cierta independencia; claro, de una terna que elaborara para la elección del procurador General de la Nación el presidente de la República.

Ya, en la Constitución de 1991, se dice que no hace parte del ejecutivo ni del legislativo ni del judicial; es, en términos del artículo 113 de la Constitución Política, un órgano de control autónomo e independiente; es decir, algo muy similar al pensamiento de Bolívar, que además fue visionario cuando señaló que el "poder moral" tenía funciones judiciales, adelantándose a la tesis moderna de la posibilidad, aunque excepcional, de transversalización de algunas funciones entre los diferentes poderes públicos, donde el "poder moral" debe estar al mismo nivel y a la misma altura de los tres tradicionales poderes públicos.

Nadie es profeta en su propia tierra y en su tiempo, reza un adagio popular, empero, en la Constitución Política de Bolivia de 1826 se adoptó la institución del "poder moral" propuesto por Bolívar y en Colombia, año 1991, se le da a la Procuraduría General de la Nación el estatus de órgano de control autónomo independiente, no perteneciente ni al ejecutivo ni al judicial ni al legislativo, pero con la misión constitucional de colaborar armónicamente en la consecu-

ción de los fines esenciales del Estado. La forma en que se elige el procurador General de la Nación es a través de una terna según ya quedó expuesto, donde interviene activamente la Rama Judicial por intermedio del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en pleno; constándose que, dentro de lo que va corrido de vigencia de la Constitución Política de 1991, han sido más los candidatos nominados por el poder judicial elegidos que los nominados por el presidente de la República, lo que muestra entonces una institución con una fortaleza bastante importante -obviamente no perfecta- que se puede mejorar especialmente estableciendo unas inhabilidades, unas incompatibilidades, unos conflictos de intereses mucho más rigurosos, vigorosos y fortalecidos que los que existen hoy para tener una institución única en el mundo.

De manera que en Colombia tenemos una institución única en el mundo, *sui generis*, sin que exista en otra institucionalidad algo que pueda parangonarse con ella, amén de que también, nuestra jurisdicción disciplinaria es igualmente modelo de exportación al derecho comparado.

Se discutió en una época si las decisiones del Tribunal Disciplinario eran de naturaleza administrativa o judicial, decantándose el Consejo de Estado por la última acepción, pues los partidarios de la naturaleza administrativa afirmaban que ello era asunto de diseño arquitectónico, no de estructura, por tanto, siendo el derecho disciplinario administrativo esgrimían, las decisiones que en virtud de este se tomaran, también así debían serlo. Ya hoy nadie, con seriedad, suscribiría una tal tesis.

Sin embargo, creemos que se encuentra pendiente otra discusión por zanjar. Es, como se dice, y lo ha aceptado la Corte Constitucional sin más ni más, que ¿las decisiones de la Procuraduría General de la Nación son "actos administrativos" sin ninguna especificidad o especialidad que los distinga de los restantes del concierto del Derecho Administrativo?

Me resisto a creer que ello sea correcto. El pan es pan y el vino, vino.

No pretendo sostener la tesis de la imposibilidad de controlar la actividad disciplinaria. Creo que ello repugna al Estado Constitucional de Derecho, empero, sí creo que, no puede equipararse, sin más ni más un acto administrativo cualquiera con un acto sancionatorio o absolutorio disciplinario emitido por la Procuraduría General de la Nación en el marco de sus funciones materiales de administrar justicia, tal como se ha reconocido esta última por las sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011.

El Código de Procedimiento Administrativos y Contencioso Administrativo enseña:

> *Parte segunda*
>
> *Organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones jurisdiccional y consultiva*
>
> *Título I: Principios y objeto de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*
>
> *Artículo 103. Objeto y principios. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de*

los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.

Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.

2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutiva de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado.

3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales.

Como se puede observar, el desarrollo de las competencias constitucionales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en gran medida está diferida a las facultades del legislador, esto es, enmarcadas en la libre configuración legislativa con límites obviamente en los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales. Tratan, las mismas, en cuanto a las limitaciones competenciales, esto es, respecto de las excepciones por la naturaleza del asunto, particularmente en el artículo 105 citado, lo cual da cuenta que allí no se establecen "cortinas de hierro" de tipo cualitativo, sino cuantitativo, como sucede, paradigmáticamente, con los poderes policivos que son esencialmente administrativos. El límite lo es la prudencia cuantitativa, dentro del marco constitucional, por tanto, no estimo ni propongo que se limite el control contencioso administrativo de la actividad disciplinaria en lo más mínimo, pero la jurisprudencia si debería sentar criterios sólidos, coherentes y útiles para mantener la distinción entre ejercer funciones donde juegan primordialmente los principios de conveniencia y oportunidad, lo cual tiene ocurrencia en

aquello de pura y simple estirpe administrativa, y otras materias cuando y donde se trata de discernir sobre derechos, deberes y obligaciones de las personas por un ente autónomo e independiente, de naturaleza constitucional, pues una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa, si se distinguen una y otra cualitativa y cuantitativamente.

No creo ni propongo límites. La jurisprudencia sabiamente establecerá los parámetros y los criterios para que el control de legalidad no devenga en control de corrección y, el control contencioso administrativo de la actividad disciplinaria termine convirtiéndose en una tercera instancia. La nulidad y la invalidez procesal tienen reglas y principios que las gobiernan, allí reside, muy seguramente, la prudencia requerida. Ya la jurisprudencia constitucional ha esbozado la teoría del "exceso ritual manifiesto", incluso ya aceptada por el Consejo de Estado, luego entonces, las funciones de la interpretación legítima y admisible constitucionalmente deben diferenciarse de la invalidez procesal, pues pensamos que mientras el juez disciplinario se mantenga dentro de su rol jurídico de intérprete legítimo de la ley para obtener el logro de su aplicación, respaldado por la hermenéutica aceptada, la corrección estimada por el juez administrativo, salvo que la misma se mantenga en dicha esfera, no puede trocarse en juicio de ilegalidad, pues se estaría dando lugar a un fraude de etiquetas[9]. Por supuesto, no es la interpretación mecánica, gramatical, literal y exegético-formal sin más ni más la que debe informar este tipo de discusión, sino fundamentalmente una "interpretación por principios".

Creo que para el buen futuro de la Procuraduría General de la Nación es necesario construir y establecer una específica, especial y autónoma naturaleza en cuanto a la consideración de sus decisiones, toda vez que las mismas se encuentran a medio camino, sin duda alguna, entre lo administrativo y lo judicial.

Es un trabajo que está por hacerse y alcanzo a visualizar su conducencia y pertinencia, pues los radicalismos que se han exacerbado en los últimos tiempos no parecen responder a la ponderación normativa que se alcanza a percibir en disposiciones convencionales como las valoraciones inherentes a los artículos 9 numeral 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 numeral 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Derecho Disciplinario colombiano nace como Derecho Constitucional. José María Samper discutía muy enconadamente con otro muy importante constitucionalista en 1886, Miguel Antonio Caro el "cancerbero" de Rafael Núñez, sobre la naturaleza del Derecho Disciplinario. El presidente finalmente tomó partido por los consejos de su secuaz, quien finalmente triunfó con su propuesta que señalaba que la Procuraduría General de la Nación no debería ser autónoma e independiente, sino adscrita a la Presidencia. Pero respecto a la naturaleza de la actividad a cargo de la Procuraduría General de la Nación tenía toda la razón José María Samper, al señalar que ello no era de

[9] Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Elementos y propuestas para el control contencioso administrativo de la actividad disciplinaria, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2009,

gran preocupación -muy especialmente por cuanto para la época todavía el Derecho Administrativo no estaba medianamente desarrollado, puesto que de estos temas se ocupaba la Ciencia de la Administración-, pues, ¿cuál era el problema?, si sus facultades están en la Constitución y por ello tiene el respaldo del Derecho Constitucional.

REFERENCIAS

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *Elementos y propuestas para el control contencioso administrativo de la actividad disciplinaria*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2009.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *El Libertador Simón Bolívar: derecho disciplinario preventivo, comportamientos estimulantes y sanciones positivas. Su engranaje con la figura actual y en franca construcción del compliance* público y privado, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.° 116, enero-junio de 2023. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

DECIMOCTAVO ESTUDIO

La aplicación del sof law en los procesos judiciales y administrativos como estrategia de rebelión jurídica frente al anquilosamiento de la aplicación de las fuentes formales de derecho

INTRODUCCIÓN

La abogacía en Colombia cumple una innegable y reconocida función social. El artículo 1 del Decreto 196 de 1971 señala, de manera perentoria y clara:

> *La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia.*

Repárese en la Alta Misión asignada a la profesión del abogado, donde la "función social" es el vehículo o instrumento para su eficaz, efectiva y real verificación, en cuanto debe colaborar con las autoridades en el "mantenimiento" pero, fundamentalmente todavía más importante, en el "perfeccionamiento" del orden jurídico.

El "orden jurídico", para los efectos constitucionales y convencionales, no es solo la ley y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Por supuesto que es ello, pero mucho más, de manera que estáticamente se representa por el texto de la norma, allí radica la función del "mantenimiento", pero es mucho más importante la función dinámica y creadora del jurista, que no es otra que la del "perfeccionamiento" del "orden jurídico".

Tan importantes distinciones, efectuadas en los años setenta del siglo pasado, salieron de la mente de los para entonces ministros de Justicia Fernando Hinestrosa Forero y viceministro de Justicia Alfonso Reyes Echandía, verdaderos visionarios jurídicos, que ya anticipaban la revolución y transformación jurídica que se avecinaba y planteaba con el advenimiento de la Carta Política de 1991.

Ese proceso y fenómeno jurídico complejo, no captable a partir de las partes que obran como sus componentes, sino como el surgimiento de un "*sistema* complejo", que es más cuantitativa y cualitativamente que la sumatoria de sus partes, tiene su clave en las dos expresiones antes resaltadas: "mantenimiento" y "perfeccionamiento" del orden jurídico, que por supuesto, no puede ser otro que el "constitucional-convencional".

Por supuesto, en gran medida la fórmula jurídica adoptada por el artículo 230 constitucional es expresión cabal del mandato de la función social abogadil del "mantenimiento" del Orden Jurídico, por supuesto "constitucional" y ahora, prospectivamente "convencional", empero, la cabal transformación se produce por virtud de la energía cuántica que en términos jurídicos tenemos que suministrarle a través de la función de su "perfeccionamiento", donde el sistema complejo arrojará resultados impensables desde la sumatoria de las partes, mismo que comprenderá algo cualitativa-

mente nuevo, como es la idea del Constitucionalismo Moderno que se expresa en conceptos como que "los fundamentos del orden jurídico constitucional-convencional son la dignidad del ser humano, la solidaridad social de las personas y el interés general" (artículo 1) , "es función de las autoridades hacer plenamente efectivos los principios, valores y derechos esenciales del Estado" (artículo 2), "la Constitución es norma de normas" (artículo 4), "los derechos fundamentales y humanos son inherentes y devienen genéticamente de la dignidad de la persona, por lo tanto tienen prioridad y primacía normativa" (artículo 5), "el debido proceso sustancial-material debe ser observado en toda actuación administrativa o judicial" (artículo 29), "las normas constitucionales-convencionales son fuente inmediata y directa de la aplicación del Derecho, aún sin desarrollos legales" (artículo 85), incluso "se aplican los principios, valores y derechos constitucionales-convencionales en contra de la letra y el sentido formal, adjetivo y exegético de la ley" (artículo 86), existe un "Bloque de Constitucionalidad que potencia en pro de la dignidad humana y de las libertades las normas de nuestro Estado Nacional" (artículo 93), "derechos fundamentales constitucionales-convencionales que no se restringen a los positivizados" (artículo 94), "el ejercicio de los derechos conlleva, necesaria e indefectiblemente, el compromiso y la asunción de responsabilidades sociales en un ámbito de ejercicio de dignidad humana en sentido alteral" (artículo 91), "aspectos sustanciales que el juez orgánico o en sentido material debe hacer prevalecer por encima de lo adjetivo", "con plena consciencia de hacer efectivo el acceso a la Administración de Justicia" (artículo 229) y "teniendo como foco de iluminación al orden jurídico interpretado conforme a la Carta Política" (artículo 230) como se desprende de las sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011, de lo cual es muestra irrefutable lo que estas sentencias han precisado en torno al sentido de artículo 230, donde se manifiesta fehacientemente el paso de la función de "mantenimiento" a la de "perfeccionamiento" del orden jurídico entendido ahora como un sistema complejo.

No menos importante, dada su funcionalidad teleológica, es la expresión consignada en el artículo 1 del Decreto 196 de 1971, donde se desechan las interpretaciones gramaticales, literales y exegéticos-formales que rinden culto a la letra por la letra de la ley, esto es, "la ley por la ley" o "el arte por el arte", en perjuicio de todo lo anunciado por los artículos constitucionales ya referenciados, pues obliga a los profesionales del Derecho a tomar plena consciencia de que el mantenimiento y perfeccionamiento es un proceso en permanente curso dinámico de obtención de logros, que tiene como fin "la realización de una recta y cumplida administración de justicia", lo que da cuenta que aquí no se trata de una función de Administrar Justicia en "sentido formal" sino, todo lo contrario, de una exigencia de Administración de Justicia en "sentido material", toda vez que su mismo artículo 2 es consecuente y coherente con ello, al establecer que "la principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares". Nótese bien la expresión utilizada, defender en "justicia", no defender de "conformidad con la ley", pues

son dos cosas muy diferentes, siendo esta apenas el punto de partida y aquella, como "justicia material", el punto deseado de llegada en cuanto mantenimiento sí, pero fundamentalmente "perfeccionamiento" del orden jurídico.

Tal es, pues, el cometido de este estudio-propuesta, toda vez que soy sobremanera, un absolutamente convencido de ello, no creo en la justicia formal, aquella que en aras de la forma, los ritos y celeridad sacrifica los principios, valores y derechos constitucionales-convencionales, pues lo instrumental se encuentra al servicio de lo adjetivo, tal cual lo reclaman el Preámbulo constitucional al demandar la puesta en realidad de los mandatos de constituir un orden social y jurídico justo, lo que por demás refrendan los artículos 2, 4, 228 y 229 constitucionales, toda vez que la misión del abogado es, por supuesto, mantener el orden jurídico pero mucho más contribuir a perfeccionarlo, como también defender en "justicia", no solo exclusiva y excluyentemente con la letra de la ley a los ciudadanos, como lo mandan los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971 y el Decálogo de los Abogados de Eduardo J. Couture.

Ya el gran maestro referenciado, en los años cincuenta del siglo pasado, pergeñaba las necesidades materiales de hacer "Justicia Material", anticipándose desde el campo ético-profesional a lo que requería una sociedad necesitada de superar los meros pensamientos y esquemas de la Justicia Formal, al establecer como mandamientos de los abogados:

> *1. Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.*
>
> *2. Piensa. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.*
>
> *3. Trabaja. La abogacía es una dura fatiga pues está al servicio de la Justicia.*

La Justicia no es un "estado" sino un "proceso", de allí se requiere transformarla en su bases normativo-legales. Si no se estudia todos los días, el abogado será menos abogado al día siguiente que el día anterior; igual la justicia, será tal en *minúsculas,* pero no en MAYÚSCULAS, degradando el tiempo lo obtenido, pues su petrificación convierte en inane las conquistas previas, desluciéndolas y desdibujándolas con el tiempo, en un proceso de anquilosamiento formal. Por supuesto, como dice el artículo 1 del Decreto 196 de 1971, "mantenimiento", pero fundamentalmente "perfeccionamiento".

Estudio, que mira al pasado, a lo que existe en cuanto necesario de mantener, pero fundamentalmente "pensando", para imprimirle dinámica y evitar su anquilosamiento.

Es necesario trabajar y ello, en cuanto mandamiento material no formal, implica "protestar" y "rebelarse", de lo contrario cambiamos el rito para que no cambie nada, pues no se trabaja por "aplicar la ley" sino por "transformarla" a través de la resignificación de su sentido, vía interpretación, con el fin de obtener más que "*Justicia Formal*" la tan anhelada "Justicia Material". Nada de petrificación, sino trasformación dinámica sustancial y material, tal cual lo señalan la "*Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre Americana*" cuando en su Preámbulo establece que la misión de los ordena-

mientos jurídicos y políticos tienen como "fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente" y "la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución", lo que se materializa en el "principio de progresividad" como se puede apreciar en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos al señalar que es necesario instaurar "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", mismo que solo es un punto de partida y sino sobre todo de llegada, toda vez que "derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", lo cual solo es factible "si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos", ya concretado y especificado en los artículos 4 numeral 1º, 29 literales c) y d), y 31.

Prosigue Couture y establece el cuarto mandamiento, según el cual:

> *4. Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha siempre por la justicia.*

Como se puede ver, la lucha no es en un escenario formal-adjetivo, preñado de mera y llana ritualidad, sino que, para despercudirse de la petrificación debe el jurista que aboga por justicia material superar las formas, pues a la forma jurídica "*derecho*" que no es otra cosa que la ley, se le debe anteponer y edificar la de "*justicia*", que no es otra que la "justicia material".

La consciencia jurídica y la función social de la Abogacía implican la "protesta jurídica" y, si no se procede así, la "rebelión jurídica", reivindicando el valor de la defensa y de la profesión en un Estado Constitucional de Derecho, conforme a los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de La Habana -Sistema ONU- de 1984.

Este llamado a la "protesta jurídica" y, consecuente "rebelión jurídica", debe tener forma de objeción de conciencia en cuanto debemos negarnos a atenernos en nuestros alegatos jurídicos a la letra, la gramática y la exégesis en lógica-formal de la ley, puesto que los derechos humanos involucrados en la defensa judicial-administrativa de naturalezas penal y disciplinarias como son el de acceso efectivo a la Administración de Justicia y el principio de contradicción, sumados a la dignidad de la profesión hacen retumbar en la consciencia las palabras de John Locke cuando señaló el camino de la rebelión ante la injusticia del poder cuando desconocía su razón de ser como era la materialización eficaz y efectiva de los derechos naturales del hombre, aquí por supuesto en forma de rebelión jurídica, conforme lo indica el Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos Humanos, toda vez que "los deberes jurídicos presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan" y, como dice el Preámbulo de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos, la utilización de esos instrumentos jurídicos tienen como fin "que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión".

Couture insiste en mandamientos:

> *5. Sé leal. Leal con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas. Intenta ser leal con todo el mundo y todo el mundo intentará ser leal contigo.*
>
> *6. Tolera. Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya. Ten paciencia. El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.*
>
> *7. Ten paciencia. El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.*

Y, para completar el círculo virtuoso, manda:

> *8. Ten fe. Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho; en la Paz, como sustituto bondadoso de la Justicia; y, sobre todo, ten fe en la Libertad, sin la cual no hay Derecho, Justicia, ni Paz. Olvida.*
>
> *9. La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.*
>
> *10. Ama a tu profesión. Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.*

Se debe tomar consciencia, tanto por los abogados en el ejercicio profesional como por las autoridades judiciales y administrativas ante los cuales ejercen el sagrado derecho de defensa, que los primeros "ejercen una importante función" en la "protección de las libertades fundamentales" y, ante ello, junto con los otros deberes y derechos que les asisten, muy especialmente el relacionado con el deber de llevar a cabo una "asistencia jurídica eficaz", en cuanto y tanto deben introyectar el valor fundamental relacionado con "la consciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional" (artículos 4, 6 y 9 de Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados), por lo que su asunción es cuestión de honor y dignidad profesional que se debe ostentar "en todo momento" por los abogados, dada su calidad de "agentes fundamentales de la administración de justicia" (artículo 12 ibidem).

Y no puede ser de otra manera si, como además se exige, al abogado le corresponde la alta misión de "defender la causa de la justicia" y velando, "lealmente en todo momento por los intereses de sus clien-

tes" (artículos 14 y 15 ibidem), deberes altamente personales que pueden verse en colisión ante situaciones en las cuales los dispensadores de justicia exijan cumplir sus órdenes contrarias a la justicia material y enmarcadas en las simples formalidades vacías de contenido sustancial, ante lo cual bien se puede objetar en consciencia en vez de servir de instrumento ciego de la injusticia, pues la dignidad de la persona de la cultura son fundamento del orden jurídico, por supuesto igualmente de los valores de la cultura jurídica imperante, como se desprende de los artículos 1 y 70 de la Carta Política en armonía con los artículos 1 y 4 de la Ley 1123 de 2007, amén de que además, son deberes profesionales de los abogados "conservar y defender la dignidad y el decoro de la profesión" y "colaborar leal y legalmente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado" (artículo 28 numerales 5º y 6º ibidem), especialmente cuando se trata del deber de "defender y promocionar los derechos humanos, entendidos como la unidad integral de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y de derechos colectivos, conforme a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia" artículo 28 numeral 2º ibidem).

En tal situación, pues, se encuentra el abogado en una colisión de deberes profesionales que excluye la responsabilidad en el obrar, por cuanto se actúa "para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad".

Capítulo 1
Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de 1984 de las Naciones Unidas

Paradójicamente, dicha norma, es un ejemplo paradigmático de las normas de *soft law*, de tal manera que su comprensión, alcance y aplicación depende de su cabal entendimiento y comprensión.

El Preámbulo de los Principios Básicos establece de manera clara y perentoria que "los pueblos del mundo afirman en la Carta de las Naciones Unidas, entre otras cosas, su resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, y proclaman como uno de sus propósitos la realización de la cooperación internacional en la promoción y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales". La Carta de las Naciones Unidas, el ADN del Derecho Internacional Público, establece como principio ineludible de orden teleológico que en su Parte Introductoria que la organización internacional está comprometida "a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional", y al tenor de su artículo 1 numeral 1º, declara que su propósito fundamental es el logro de "los principios de la justicia y del derecho internacional" y su numeral 2º al establecer un orden jurídico basado "en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos", lo que reitera el Preámbulo de Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, al señalar que tiene como misión crear esas condiciones "bajo las cuales pueda mantenerse la justicia", acorde con el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".

Tales propósitos, esenciales y demandables en eficacia y efectividad, penden del concepto de "justicia en sentido material", pues el mismo Preámbulo de Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, señala:

> *En efecto, "la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra los principios de la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, y el derecho de toda persona acusada de un delito a todas las garantías necesarias para su defensa", puesto que, "el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama, además, el derecho de las personas a ser juzgadas sin demoras injustificadas y*

a ser oídas públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley" (Resaltado fuera de textos).

El trato "con justicia" es algo más, un plus con respecto al trato conforme a ley se incardina en la idea de "justicia material", toda vez que como se puede apreciar en el aparte No 8 del Preámbulo, la demanda de dispensa de justicia en conforme a un "trato justo". Y ello, seguidamente el No 9, lo pone de presente cuando establece que "la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente", única capaz de cumplir con el mandato de "la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos" (aparte N.º 3).

Se distingue en el ámbito de Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados lo concerniente a los conceptos de ley y justicia o derecho, como se aprecia paladinamente en sus artículos 23 y 26 al hacer referencia a la "ley", mientras que, en otros, como en los 1, 4, 13 literal a) y 14 da cuenta de derechos, derechos humanos, libertades fundamentales, libertades fundamentales, ordenamiento jurídico, defensa en justicia y la causa de la justicia.

El abogado tiene el deber de "cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar los fines de la justicia y el interés público" (aparte N.º 10), de allí que, su consciencia jurídica tiene que estar permeada necesaria e indefectiblemente de la idea de justicia e interés público, en el ejercicio de su mandato y función social.

Los jueces en sentido formal u orgánicamente constituidos y los jueces en sentido material deben tener en cuenta que, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados es un instrumento del *soft law* con claro soporte en el *hard law* y el Ius Cogens, de manera que no podrán en ningún momento y por ningún motivo soslayar dichos mandatos, puesto que,

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados que figuran a continuación, formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales, y deben señalarse a la atención de los juristas, así como de otras personas como los jueces, fiscales, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se aplicarán también, cuando proceda, a las personas que ejerzan las funciones de la abogacía sin tener la categoría oficial de abogados (Resaltados fuera de texto).

Esto es, jueces en sentido formal y material deben acatarlos, promoverlos y promocionarlos, no desconocerlos argumentando, como en no pocos casos ocurre, rechazando tal estrategia de argumentación con base en el sofisma artificioso de que los defensores públicos no tienen por qué dictarles cátedra de Derecho.

Todos, absolutamente todos los abogados, tenemos los mismos deberes de conformidad con los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971, seamos litigantes, jueces, fiscales, magistrados, etcétera, con los deberes específicos de nuestra común función social, pero igual a la de todo ciudadano o persona residente en Colombia, como son los deberes constitucionales de "defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica" (numeral 4º), "participar en la vida (...) cívica (...) del país" (numeral 5º), "propender por el logro y el mantenimiento de la paz" (numeral 6º) y "colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia" (numeral 7º) del artículo 95 de la Carta Política.

En especial, los defensores públicos, tienen la de "divulgar los derechos humanos", intervenir en su enseñanza y participar activamente en el ejercicio defensorial público (artículo 282 numerales 2º, 3º y 4º ibidem).

El abogado tiene el deber de defender en justicia los derechos, los Estados procurar procedimientos eficientes para que ello se materialice, los abogados aportando a través de su función social en la causa de la justicia ante los tribunales y órganos administrativos (artículos 1, 2, 3, 4, 9, 12 literal c) y 14 los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados), sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas (artículos 16 literal a), 19 y 21 ibidem), suministrando formación y capacitación adecuada en materias jurídicas y especialmente de derechos humanos, así como la logística material de acceso a información y documentación necesarias para la defensa (artículo 23, 24 y 25 ibidem).

La justicia disciplinaria, en materia de Derecho Disciplinario de los abogados, debe instituirse de manera sustancial y materialmente correspondiente con los tratados internacionales sobre derechos humanos, propiciando un orden justo a través de "audiencias justas", con clara diferenciación del concepto de legislación y Derecho (artículos 26 y 27 ibidem).

En dicha argumentación material-sustancial, no es dable restringir la actividad de los abogados en defensa de las causas en justicia, pues el servicio de acceso a la justicia debe ser efectivo, garantizándose la libertad de expresión en el concreto campo de la "administración de justicia y la promoción y la protección de los derechos humanos" (artículos 23 y 25 ibidem), con respecto a "la legislación y a las prácticas nacionales" como lo demanda su preámbulo.

Se trata de la defensa de los derechos fundamentales tanto en su consagración internacional como nacional, dando cuenta de la existencia de un "ordenamiento jurídico internacional y nacional", lo que da pábulo para establecer la existencia de i) un Bloque de Convencionalidad (artículo 29 literales a) y b) de la Convención Americana de Derechos Humanos); ii) un Bloque de Constitucionalidad (artículos 93 de la carta Política y 29 literales a) y b) de la Convención Americana de Derechos Humanos; y un iii) Bloque de Legalidad de los Derechos Humanos (artículos 29 literal b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, 4 de la Ley 1709 de 2014, 9, 14 y 26 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados).

La estrategia de defensa fundada en el Orden Público Internacional de los derechos humanos tiene, como fundamento las garantías judiciales de los procesados penal y disciplinariamente, pero también, las obligaciones y deberes que imponen la función social de la Abogacía, todo lo cual debe ser enarbolado por los defensores en las materias a través de una "defensa jurídica eficaz" con todo el "honor y dignidad de la profesión" y en "todas las formas adecuadas", adoptando las "medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses", teniendo como norte siempre la "causa de la justicia" (artículos 6, 12 y 14 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados).

La protesta y rebelión jurídica que proponemos y propiciamos se enmarca en el entendimiento moderno de occidente sobre el tema, incluso en el marco mismo de la comprensión de lo político y la democracia, a la manera en que Milan Kundera entendió dichos fenómenos en el concierto de la dilemática de los países centroeuropeos -particularmente su Checoslovaquia- en el apresamiento producto de la Cortina de Hierro impuesto por la Unión Soviética para aislarlos del mundo occidental y correr las fronteras europeas culturalmente.

El genial y célebre escritor invoca el espíritu de la ilustración europea y especialmente su comprensión de la libertad de expresión, pensamiento y consciencia como columna vertebral de la democracia y la política, haciendo reviviscencia de las palabras de Voltaire a Helvétius cuando le escribió "no estoy de acuerdo con lo que dice, pero lucharé hasta la muerte para que tenga el derecho de decirlo", pues coartar la opinión del otro, y en el marco de este discurso de los abogados defensores cuando alegan con fundamento en el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, se constituye en algo que "va en el fondo en contra[10] de la verdad, de esa verdad que solo se encuentra confrontando opiniones libres e iguales", ataque que en la actualidad no solo constituye un verdadero escándalo por ir en contra de la esencia de nuestra la cultura, sino además un pesado fardo contra la "libertad de espíritu" y la cultura de los derechos humanos, parangonando a Kundera, cuando se refiere a la literatura como "interés sustancial", atentado solo entendible por parte de un "antihumanismo desacomplejado" contra "los valores y las virtudes humanas", proceso este donde "nadie salió de [él] siendo el mismo que cuando entró", todas lo contrario a ello es "alegoría al vandalismo de muy amplio alcance y decadente actualidad"[11], salvo cuando los hipócritas, falsarios y retardatarios, cultivadores y explotadores de la justicia formal, ostentan solo como democrático el uso material de la toga.

Todo ello es, muy bien lo diagnóstica Milan Kundera, una suerte de "provincianismo" del cual ciertas sociedades o sus miembros no se quieren desligar dada su "estrechez de espíritu", ejercida por "vándalos instruidos", que hacen que sus pueblos no vivan, sino que solo "sobrevivan; no crecen ni

[10] Milan Kundera. Un occidente secuestrado, Mayka Lahoz (Trad.), Barcelona, Tusquest Editores, 2022, pp. 27, 29, 30 y 31.

[11] Kundera, Un occidente secuestrado, ob. cit., pp. 29, 30, 31, 32, 34.

echan brotes, solo vegetan; no hacen crecer árboles sino únicamente abrojos"[12].

En fin, sus enseñanzas son incuestionables, toda vez que no hay que olvidar que "cada acto de autoafirmación satisfacción da satisfacción al hombre, lo hace regocijándose", lo que en nuestra propuesta lo constituye el acto de protesta y rebeldía que proponemos, puesto que, complementa Kundera, "los hombres que solo viven su presente no contextualizado, que ignoran la continuidad histórica y que carecen de cultura son capaces de transformar su patria en un desierto sin historia, sin memorias, sin ecos"[13], o en nuestro espacio de discusión, en una justicia de formas sin sustancia y contenido, con ley pero sin justicia, en apariencia pero sin realidad, en fin, en una mascarada jurídica que solo justifica el sueldo como retribución a las "horas nalga" invertidas en el escritorio.

Debe trabajarse arduamente por lograr, como dice Kundera, "ese feliz matrimonio entre la cultura y la vida, entre la creación y el pueblo", puesto que así "la vida cultural se intensifica, se exacerba, y la cultura se convierte en el valor vivo alrededor del cual se agrupa todo el pueblo", es la "identidad de un pueblo o de una civilización". Los pueblos que no piensan así, "solo piensan y sienten a medias"[14] y cuyos únicos logros es cual la justicia siempre seguirá cojeando, pero no llegando. Es el destino de quienes rinden culto a la letra de la ley, al arte por el arte, a esos jueces a los que, un gran jurista antioqueño, denominó los "Jueces de Mármol"[15].

Esa identidad del pueblo o de nuestra civilización es la cultura y la ética universal de los derechos humanos. No sigamos de espaldas a ella.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, por supuesto también, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre Americano, descansan los pilares fundamentales de nuestra cultura jurídica y social, aquello que Milan Kundera refiere como "*las grandes situaciones* que reúnen a los pueblos", habida cuenta que en ellas "subsisten la misma memoria, la misma experiencia, la misma comunidad de tradición"[16], que permiten la globalización del *Derecho* y por supuesto de la *Justicia*, más allá de la ley de mezquina nacionalidad.

[12] Kundera, Un occidente secuestrado, pp. 18, 19, 27, 29, 30 y 31.

[13] Milan Kundera, Un occidente secuestrado, ob. cit., p. 28.

[14] Milan Kundera. Un occidente secuestrado, ob. cit., pp. 18, 46 y 46.

[15] Andrés Nanclares Arango. Los Jueces de Mármol. Ensayos sobre la función judicial, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

[16] Milan Kundera. Un occidente secuestrado, ob. cit., pp. 18, 46 y 46.

Capítulo 2

Las normas del soft law como una extensión de las fuentes del derecho en una estrategia defensorial expansiva de derechos judiciales en sentido orgánico y material

¿Qué significa *soft law*? *Soft law* significa derecho blando o derecho suave, frente al *hard law*, que significa derecho duro, derecho fuerte. Para hace un parangón, en derecho colombiano administrativo[17]-[18], donde también se utiliza el concepto del *soft law* o de derecho suave para referirnos particularmente a ciertas directivas o directrices que emiten los jefes de la entidad para los efectos de cómo deben desarrollarse sus actividades misionales o funcionales, que están bajo su competencia.

Si quisiéramos hablar de un derecho suave o *soft law* en materia de Derecho Penal y disciplinario concretamente a nivel nacional, entonces diríamos que el *soft law* podría estar compuesto en principio por aquellas directivas que emite, por ejemplo, el procurador General de la Nación o el Fiscal General de la Nación como supremos directores de las entidades. Esto, especialmente, se utiliza para efectos de interpretación de las normas que los servidores públicos de la entidad, en la medida que son tremendamente numerosos, es obvio que frente a una misma disposición pueden estar múltiples personas divergiendo en cuanto a cuál es el sentido de un determinado artículo o norma legal aplicable y ello, entonces, toda vez que puede en cierta forma incidir en el buen desempeño de la entidad o en la dispensa de una administración de justicia igualitaria, la cabeza de la entidad tiene una facultad se establecer vías directivas cuál es en abstracto el sentido que debe otorgarse a las normas que gobiernan el rol respectivo, lo que ha sido reconocido en múltiples sentencias tanto de la Corte Constitucional, cito las sentencias C-873 de 2003, T-1093 del 2004 y C-979 de 2005, en la cuales se dice, por supuesto, que por virtud de los principios de autonomía, el Procurador General y el Fiscal general no pueden meterse en la toma de decisiones de sus delegados porque se desconocería dicho postulado, pero no es cierto que se ejercen unos controles sobre los mismos que se

[17] Michel Federico Bustos Romero. "El soft law como fuente del derecho administrativo colombiano" en https://www.redalyc.org/journal/876/87663301008/, consultado julio 6 de 2023.

[18] Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero. El soft law administrativo - Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración, Madrid, Thomsom-Civitas.

conocen administrativamente como controles de tutela y jerárquicos, y estos no se pueden negar del todo o de manera absoluta, tal como se ha reconocido en la Fiscalía a través de los Comités de Análisis o Estudio que se realizan con los operadores jurídicos en concreto y las directivas de la entidad frente a los específicos y respectivos casos que, en cierta forma, pues comprometen a la persona que tiene a su cargo el proceso conforme a la directiva que se les da, pero ello se toma solo a través de una interpretación abstracta, no particular del caso; no es cómo debe resolverse el caso, sino cómo debe interpretarse la norma aplicable al caso vía general y abstracta. Entonces, en el derecho colombiano interno, el *soft law*, el derecho suave, el derecho blando, tiene que ver con cuál es, digamos, la mejor interpretación que, desde el punto de vista de la directiva de la entidad, desde el punto de vista del juego de los principios jerárquicos y de autonomía, se establece para que no se difuminen las interpretaciones pues, bien sabemos que una tal dispersión de interpretaciones puede conllevar a la violación del principio de la igualdad, esto es, la igualdad de todas las personas frente a la administración de justicia, como bien se sabe que se ha establecido, particularmente en sentencias como la C-836 del 2001, C-335 del 2008 y C-634 del 2011, lo que significa entonces, que el trato ante la justicia no puede ser diferente para todas aquellas personas que acudan en virtud de su aplicación a menos que se trate de la viabilidad jurídica de hacer discriminaciones positivas autorizadas por el ordenamiento jurídico.

Por ello, entonces, la jurisprudencia ha desarrollado ahora sí con un vínculo obligatorio, tan obligatorio que si se desconoce la jurisprudencia obligatoria de la Corte Constitucional o de las altas cortes en lo que se llama la doctrina probable, podría cometerse el delito de prevaricato según la sentencia C-335 del 2008; es decir, prácticamente la Corte Constitucional equipara el precedente judicial de obligatorio cumplimiento, ya sea de naturaleza constitucional, o de naturaleza, que viene definida por las cabezas u órganos de cierre de determinadas ramas del derecho en que se constituyen cada una de las altas cortes cuando hace doctrina probable; es decir, han dictado más de tres sentencias coherentes, sólidas, compatibles entre sí sobre un mismo punto jurídico, lo que las convierte en obligatoria, obligatoriedad que viene trasunta hacia la posibilidad de que se incurra, vuelvo y repito, en el delito de prevaricato.

Algo así sucede, aunque ya no con esa vinculatoriedad, pues como mucho creo que, si se desconocen las pautas sentadas por el director de la entidad, pues habrá una irregularidad vinculada con el desempeño del cargo y, para los efectos, pues relacionados con la valoración del trabajo. Me surge la duda, si sería posible también que estuviéramos como mínimo frente a un abuso de autoridad como sí existía en principio para los efectos de desconocer la jurisprudencia constitucional antes de la sentencia C-335 del 2008, criterio según el cual desconocer la jurisprudencia de las altas cortes en materia de tutela podía conllevar, por los efectos *inter alias* o *inter communis*, la comisión del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario injusto o podía ser una omisión, simplemente, constitutiva de falta disciplinaria en la medida en que no se sigue lo

que disponen los artículos 32 numeral 1º y 33 numeral 1º de la Ley 734 de 2002 y 38 numeral 1º y 39 numeral 1º de la Ley 1952 de 2019, pues todos los servidores públicos están obligados a seguir, por supuesto la Constitución, la Ley, los reglamentos, las resoluciones, etcétera, pero también las órdenes de los superiores.

De todos modos, significa esto, que la atención que haya de prestársele a las normas del *soft law* no es un juego. Hay que tomarlas con seriedad. Particularmente, los defensores públicos, saben que el Fiscal General de la Nación ha expedido una serie de directivas; especialmente, una directiva muy interesante que tiene que ver con los parámetros que se deben tener en cuenta para solicitar medida de aseguramiento y, particularmente, medidas de aseguramiento privativas de la libertad de carácter intramural. El entonces vicefiscal General de la Nación para cuando había terminado el periodo de Eduardo Montealegre Lynett, Jorge Fernando Perdomo Torres expidió unas directivas interesantísimas, directivas totalmente compatibles con el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, especialmente relacionadas con temas de la privación de la libertad, ajustando la interpretación de los artículos legales a los estándares internacionales sobre derechos humanos; sin embargo, sobre ellos vemos que en la práctica muy poco se atiende dichos derroteros. Parece que cada fiscal tuviese una particular visión en torno al punto y qué no decir con los juzgados, donde cada uno opera insularmente imponiendo su propio criterio. Esto es gravísimo para los efectos de los requerimientos constitucionales de una Administración de Justicia igualitaria, lo que prueba entonces que el *soft law* a nivel interno o el *soft law* administrativo nacional, como diríamos, lo ferian los aplicadores de la ley.

No se siguen para absolutamente nada esas directivas del señor Fiscal General de la Nación. No creo que se trate de mala fe de los funcionarios judiciales; creo que en gran medida lo que allí falta es una comprensión cabal de lo que es el derecho en el Estado Constitucional de Derecho y el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, a la luz de los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 93 de la Carta Política y 4 de la Ley 1709 de 2014. Tenemos una cultura jurídica positivista legalista, decimonónica, en la que nos centramos en el contenido de la ley, entonces el juez es el que interpreta la ley particularmente será quien deducirá cuál es el sentido de la ley; es decir, le damos una primacía al *hard law*; o sea, a las normas del derecho duro, del derecho fuerte, que sería, en este caso, la ley nacional, y dejamos de lado totalmente las directivas del Fiscal General y del Procurador General como también sucede con respecto a los tratados internacionales sobre derechos humanos respecto de fuentes del derecho como el *soft law*.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos que se incorporan a las países que los subscriben e incorporan como leyes internas, toman un cariz prioritario en su jerarquía y aplicación, según los artículo 93 de la Carta Política, 2 de la Ley 599 de 2000, 2 de la Ley 600 de 2000, 3 de la Ley 906 de 2004, 21 de la Ley 734 de 2002, 22

de la Ley 1952 de 2019 y, muy especialmente, el 16 de la Ley 1123 de 2007, en lo cual debe destacarse que muy claramente, el constitucional, citado señala que los instrumentos internacionales se incorporan con un rango importante por cuanto dice "prevalecerán en el orden jurídico". Prevalencia que ratifica el artículo 16 de la Ley 1123, especialmente cuando da cuenta que en tal integración se incorporan las normas sobre "deontología de los abogados", que ciertamente no están consignadas directamente en tratados o convenciones, sino en normas del *soft law*, que a su vez se fundan en tratados sobre derechos humanos como lo deja ver clara y paladinamente los Principios Básicos sobre de la Función de los Abogados.

La judicatura penal y sancionatoria en general no ve con buenos ojos la argumentación y defensa a partir de los derechos humanos, de verdad falta sensibilidad y formación en el tema, para lo cual se debe trabajar arduamente a partir de las funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo (artículos 118 –"...Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos ..."-, 277 numeral 2º -"Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo"- y 282 numeral 2º -"Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza" de la Carta Política), debiendo tener la justicia plena claridad de su función constitucional, de acuerdo con los artículos 2, 4, 5, 29, 85, 86, 93, 94, 228, 229 y 230 ibidem).

No son pocos los fiscales que inquieren al juez y este a los defensores, especialmente a los defensores públicos, para que se sujeten a la legislación colombiana, que ellos no necesitan clases de derecho de los defensores hablándoles de derechos humanos. No son clases de derecho, tamaña equivocación ataca la sustancialidad misma de la justicia si de lo que se trata en de defender las causas con el necesario e inexorable apoyo en ellos, puesto que los derechos humanos y los tratados internacionales sobre derechos humanos son fuentes del derecho de aplicación directa e inmediata, según lo dicen los artículos 4, 5, 85, 86, 93 y 94 de la Constitución. Están antes, por encima y más allá del orden jurídico, por supuesto del Código de Procedimiento Penal y del Código Penal, así como de todas las leyes disciplinarias y sancionatorias.

Así también lo establece el mismo Código Penal, artículo 2, al decir que se incorporan a la legislación interna los tratados internacionales de derechos humanos y lo refrendan los artículos 2 de la Ley 600 del 2000 y el 3 de la Ley 906 del 2004, entonces, cómo decir un juez que se está excediendo en sus funciones litigiosas un abogado o que esté dilatando el proceso o que este desviando la discusión central, si está argumentando conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, que de acuerdo al artículo 93 constitucional hacen parte de la legislación y se aplican prevalentemente.

También así lo disponen los artículos 21 de la Ley 734 del 2002, 16 de la Ley 1123 de 2007 y el 22 de la Ley 1952 del 2019, que utilizan la expresión "prevalecen en el orden interno", habida cuenta que un tratado internacional sobre derechos humanos es constitutivo del *hard law*, prevalece so-

bre las leyes nacionales, como lo reconoce el mismo artículo 93 constitucional.

¿Y por qué prevalece sobre las leyes nacionales? Porque el *hard law* constituye lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto o fuerte, según lo ha interpretado la Corte Constitucional en su jurisprudencia, la cual por demás es de obligatorio cumplimiento, según las sentencias C-836 del 2001, C-335 del 2008 y C-634 del 2011.

La Corte Constitucional tiene dos grandes líneas ya definidas en materia de lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad, construido a partir de lo que establece el artículo 93 de la Carta Política. Ha hablado la Corte Constitucional de un Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto o fuerte y dice que está compuesto por los tratados internacionales sobre derechos humanos, por las normas constitucionales y por las leyes estatutarias, particularmente, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y la Ley Estatutaria de los Derechos Fundamentales o que tengan que ver con derechos fundamentales porque no es una sola, son muchas; entre ellas las muy importantes para el litigio penal y disciplinario, como lo son la Ley Estatutaria del Derecho de Petición y la Ley Estatutaria del Habeas Corpus.

Esto es, de los instrumentos del Derecho Internacional de los derechos humanos, solo hacen parte del Bloque de Constitucionalidad las normas del *hard law*. Esto es, del derecho duro o fuerte, que son los tratados o convenciones internacionales de derechos humanos, los protocolos y las normas del *Ius Cogens*, según lo disponen el artículo 93 de la Carta Política y la más poderosa herramienta que se tiene para el litigio y para afrontar este tipo de alegatos, que es el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Similar al artículo 29 citado, pero no con esa claridad meridiana, lo es el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos trata sobre las "Normas de interpretación"; léase bien: normas de interpretación. No es una norma de interpretación solamente referida para los tratados internacionales, es una norma de interpretación para la integración del Bloque de Convencionalidad; aquí entonces, se trata de que quién esté ejerciendo un poder público estatal, sobre todo si es juez en sentido orgánico y/o material, debe ejercer el Control de Convencionalidad a petición de parte e incluso de manera oficiosa de manera difusa, comparando los estándares de garantía de las normas nacionales e internacionales y privilegiando la que otorgue un mayor espacio de libertad, lo que se conoce como principio *pro homine* o *pro libertate*.

El Control de Convencionalidad concentrado se encuentra a cargo de los tribunales internacionales, esto es, por los órganos de supervisión internacional que, para la Convención Americana de Derechos Humanos, son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[19].

En cuanto al llamado Control de Convencionalidad difuso, lo tienen todos los jue-

[19] Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus

ces y autoridades públicas de los respectivos Estados nacionales que han suscrito el convenio; todos absolutamente tienen esa facultad según lo establecido muy significativamente el Consejo de Estado, especialmente como lo precisó la sentencia del año 2014 en el cual se demandó a la Nación, al Ministerio de Comunicaciones por parte del Canal Caracol a raíz de una multa, con ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa[20], quizás la persona que más ha estudiado el tema en Colombia.

Se solicite a la autoridad penal o a la autoridad administrativa, pero en todo caso, en su defecto, debe hacerse de manera oficiosa por parte de los jueces de la República. Si posteriormente, por ejemplo, el Estado es demandado por error en la administración de justicia por falla en el servicio, es absolutamente claro que el Estado puede ser condenado a cubrir una indemnización por daños y perjuicios causados a las personas víctimas, lo que obviamente, además de las sanciones penales y disciplinarias derivadas del artículo 92[21] constitucional, pueden hacerse sujetos pasivos de la acción de repetición de que da cuenta el artículo 90 ibidem, según el cual "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este".

¿Qué significa eso? Que si desde la presentación de la demanda contra el Estado se vincula directamente al responsable de la falla en el servicio o posteriormente se activa de manera inmediata ante la condena que se produce por responsabilidad extracontractual del Estado, por error en la Administración de Justicia, la acción de repetición contra el funcionario, funcionario que no ejerció los poderes del Control de Convencionalidad de manera oficiosa o no lo hizo muy a pesar de la petición de parte interesada, sin duda alguna incurrió en un "exceso ritual manifiesto", afrenta directa a la Carta Política que genera nulidad absoluta de todo lo actuado, según constante, pacífica y solida jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En la teoría sobre "el exceso ritual manifiesto" se dice que el Estado incurre en invalidez de sus actuaciones y, por lo tanto, en una administración formal de justicia cuando no da respuesta debida al uso del derecho de acceso efectivo a la Administración de Justicia o no ejerce sus poderes oficiosos al efecto (artículos 2, 4, 29, 228 y 229 constitucionales), y con

especies penal y disciplinaria: necesidad, semejanzas y diferencias. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 293 y ss.

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia de 12 de noviembre de 2014 (C. P. Santofimio Gamboa, radicado N.º 25000-23-26-000-2000-01335-01 (28.505)).

[21] "Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas".

mayor razón, si el juez coge el camino facilista como aquel de silenciar o limitar la intervención de la defensa so pretexto que no le vaya a dictar cátedra de derechos humanos el abogado defensor público. Ya aquí, ni siquiera podemos hablar de que se incurra en una culpa grave, que sería la que se configuraría si no ejerce el poder oficioso, sino que estaríamos frente a un claro acto doloso y mala fe en el ejercicio de la Administración de Justicia. Error grave e inexcusable por incursión en afectación del derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia; acceso que tiene que ser efectivo, no mero acceso, tal como lo demanda el artículo 2 constitucional y lo dispone la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en sus artículos 1[22], 2[23], 7[24] y 9[25] que aplican, por supuesto, a los jueces penales y a los fiscales, pero también a las autoridades disciplinarias, porque la Corte Constitucional, en la sentencia T-350 del 2011 dice que también se aplican al derecho disciplinario en todas sus vertientes, especialmente la Procuraduría General de la Nación, los principios de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. ¿Por qué? Claro, porque es que el derecho disciplinario es administración de justicia en sentido material, como lo han dicho las sentencias C-014 del 2004, SU-901 del 2005 y en esa misma, la sentencia T-350 del 2011.

En consecuencia, no es un juego el que se pueda tomar a la ligera los mandatos sobre la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por parte de los jueces orgánicamente concebidos o materialmente considerados, como el triste espectáculo que se aprecia en muchos videos que se cuelgan en páginas sociales, como el de la célebre jueza de Cúcuta reprimiendo a uno de los penalistas más importantes del país, reprochándole porque le estaba precisamente reclamando la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos y decía olímpicamente esta jueza, que ella no necesitaba que le dictaran clases de derecho[26]. Tal comportamiento es claramente doloso a la luz del artículo 90 de la Constitución Nacional, por irrespeto absoluto a los artículos 2, 4, 5, 29, 85, 86, 93, 94, 228, 229 y 230 ibidem, y de los artículos 2 del Código Penal, 2 de la Ley 600 del 2000 y 3 de la Ley 906 del 2004.

---

[22] "Administración de Justicia. 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".

[23] "Acceso a la Justicia. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público".

[24] "Eficiencia. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2637 de 2004. La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley".

[25] "Respeto de los derechos. Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso".

[26] En la denuncia, formulada a través de apoderado judicial por el Dr. Marlon Díaz Ortega en contra de la Jueza 1ra Penal Municipal de Cúcuta, con Funciones de Juez de Garantías,

La afirmación que ha efectuado el Consejo de Estado en la jurisprudencia sobre aplicación oficiosa del Control de Convencionalidad por parte de los jueces no lo ha dicho gratuitamente; ello tiene claro amparo en la Constitución Política, artículo 93 y, particularmente, en el artículo 2 de la misma, pero también en los artículos 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 2 anteriormente mencionado, titulado "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno", establece perentoriamente que "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Obviamente las medidas legislativas desarrolladas a que se refiere son las legales, empero, actualmente lo referente al Control de Convencionalidad no se ha desarrollado

---

Vivian Polanía Franco por hechos sucedidos el 31 de agosto de 2020, se escribe: [...]
1.7. Posteriormente, la Jueza le otorgó el uso de la palabra a los defensores presentes, quienes manifestaron que no tenían oposiciones, con excepción de mi representado, quien argumentó así:

"La defensa del señor Álvaro Vélez sí se opone de manera vehemente a la solicitud de prórroga de la medida de aseguramiento que realizó la delegada de la Fiscalía General de la Nación. Y ello por cuanto, más allá de repetir algunos de los elementos materiales probatorios que sustentaron las audiencias concentradas hace casi un año, incluso de los mismos corrió traslado, no cumplió con la carga que se exige en este momento procesal frente a la regla general que parece desconocer la fiscalía. Incluso me llamó mucho la atención que tomando como punto de partida la Convención Americana de Derechos Humanos, y debo precisar específicamente el artículo 7.5 de la Convención".
1.8. En ese momento, la Jueza interrumpió la exposición de mi cliente para decir:

"Doctor, mire, que pena, pero con todo respeto esto es un estrado judicial y no una academia, lleva 10 minutos hablando y no ha dicho nada. Doctor a mí no me dé clases de derecho internacional o derecho internacional humanitario que acá todos somos abogados y profesionales".
1.9. Mi prohijado, ante la forma en que fue interrumpido por parte de la Jueza, exigió respeto por el uso de la palabra y señaló que se estaba oponiendo a la solicitud de la Fiscalía. Ahí nuevamente la jueza lo interrumpió para señalar:

"Claro, doctor, pero con argumentos no con clases, y es mi decisión que soy la directora del proceso. Hágame un favor doctor y sea concreto en la petición".
1.10. Mi cliente nuevamente exigió respeto, señalando que no había hablado más de dos (2) minutos, aunque en realidad no superó un (1) minuto desde el inicio de su intervención; sin embargo, la Jueza en ese momento le replicó nuevamente para manifestar:

"Doctor, ya le di el uso de la palabra, hable, no moleste más hombre, hable. Doctor, y otra vez y otra vez, nosotros con esta audiencia tan complicada y usted dele y dele y dele, ya hable, doctor, hable".
1.11. El doctor Díaz Ortega luego de esa situación procuró continuar con su intervención en defensa de su cliente.

por medio del tal mecanismo, pero es claro que se trata de un derecho de exigencia directa e inmediata sin necesidad de desarrollo legal -aun cuando lo es por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 constitucional al incorporar el tratado al orden interno mediante la ley-, referido al debido proceso, por tanto aplicable por virtud de los mandatos de los artículos 2, 4, 85, 86 y 93 de la Carta Política en armonía con el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ahora, si así no fuese, de todos modos, el artículo 2 de la Convención es absolutamente claro, al precisar que lo requerido es respecto a "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (Resaltado fuera de texto), lo que incluye las judiciales vía control constitucional-convencional difusos, compatible totalmente con los artículos 85 y 86 de la Carta Política.

La tutela se refiere a ello porque la tutela se ocupa de asegurar sin duda alguna tanto a los derechos constitucionales como también a los derechos convencionales, según el Bloque de Constitucionalidad como ya lo hemos visto. Pues el artículo 2 convencional lo dice claramente que, si no se hubiera hecho por medidas legislativas, operará por otras "de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Otras de otro carácter...y, ¿cuáles son las medidas de otro carácter que nosotros conocemos? Pues simple y llanamente las medidas judiciales que toma el juez a través de disposiciones como el artículo 4º de la Constitución que dice que "la Constitución es norma de normas" y fuente del derecho de aplicación inmediata, no necesita ser desarrollada por la ley para ser aplicable, esto es, es viable alegar directamente con la Constitución como también lo dispone su artículo 85 que señala una serie de derechos, entre ellos el derecho al "debido proceso*" de su artículo 29, señalando que este artículo se aplicará aun sin desarrollo legal.*

Pero además de un Bloque de Convencionalidad y un Bloque de Constitucionalidad surge un Bloque de Legalidad de los Derechos Humanos, a partir de, por supuesto, lo ya señalado por el artículo 2 de la Convención Americana y su refrendación por el artículo 29 literal b) que da cuenta de la existencia de derechos humanos no solamente consagrados en la Carta Política sino también en la ley, al referirse a "cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte". Esto es, particularmente tal artículo 29 da cuenta de cómo se integran esas dos pléyades de derechos, internacionales y nacionales, templo sagrado de los derechos humanos, a través de las normas de interpretación de cuya operatividad y aplicación, en cuanto al juego de integración, da cuenta el artículo 29 de la Convención citado.

Así entonces, no es que se les vaya a dictar cátedra a los jueces penales o a los jueces disciplinarios, sino que se requiere cumplir con los deberes ético-jurídicos derivados de las función social que cumple la abogacía, principalmente los defensores públicos, garantes de aquel deber que está anclado en los artículos 118, 277 numeral 2º y 282 numeral 2º y 4º de la Constitución Política, en cuanto y tanto hacen parte de

la Defensoría del Pueblo y deben promover y defender los derechos humanos, como lo establece la Constitución, pero además porque, como ciudadanos colombianos en general, ya no solamente como abogados, sino como derechos y deberes que deben cumplir, en su función social, esa de que hablan los artículos 2, 26, 95 numerales 4º y 7º ibidem, en armonía con los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971, que se encuentra vigente porque no fue derogado por la Ley 1123 del 2007. Norma que quedó vigente y establece que los abogados tienen y cumplen una función social, como es la de defender en Derecho las garantías de sus clientes en pro de acceso efectivo a la Administración de Justicia, como también el deber de mantener el orden jurídico, no quedándose en la estática petrificadora de lo que se entiende tal cual por el orden jurídico, sino involucrarse en su dinámica, porque dice mantener el orden jurídico pero también perfeccionarlo y perfeccionar el orden jurídico, tal cual como lo demanda ese Decreto-Ley, con fuerza de ley, lo que implicaba además recoger lo que se fuera disponiendo por los compromisos internacionales que se habían asumido por a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y, particularmente, de la Convención Americana de Derechos Humanos, tal como así debemos entender y comprender ese perfeccionamiento jurídico a la luz del advenimiento de la Constitución Política de 1991, particularmente por lo dispuesto en sus artículos 9 y 93.

Tanto para el ámbito penal como para el ámbito disciplinario, no es que se vaya a dictar clase de derecho a los jueces penales o disciplinarios, ¡No!, lo que está ejerciendo la defensa son sus derechos al debido proceso, a la defensa y contradicción, como cumpliendo con sus funciones constitucionales y particularmente con la función social de la Abogacía. No se están excediendo ni están violando normas de derecho ni ética alguna; por el contrario, están cumpliendo con unos deberes sociales, con una función social que tienen necesariamente que cumplir y, antes que censurarlos, los jueces tendrían más bien que hacerles un llamado a que actúen conforme a todas estas normas que hemos mencionado porque, o si no, los jueces estarían pecando en el ejercicio de control difuso de convencionalidad, que tienen que hacer, por supuesto, a instancia de parte o de manera oficiosa, porque si así no proceden pueden incurrir en lo que se denomina por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el "exceso ritual manifiesto".

Pues bien, con todos estos instrumentos como el agregado del *soft law* a la actividad defensorial como estrategia y advirtiendo sobre la teoría del exceso ritual manifiesto, podemos llegar finalmente a la postura sobre el Bloque de Legalidad de los Derechos Humanos en Colombia, que se construye poniendo en contacto los artículos 2 y 29 literal b) de la Convención Americana de Derechos Humanos con el artículo 4 de la Ley 1709 de 2014, según el cual, se incorporan al orden jurídico colombiano todos aquellos derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana que son universalmente reconocidos, por supuesto, se trata de una funcionalidad normativa diferente a la consignada en los artículos 93 constitucional, 2 de la Ley 599 de 2000, 2 de la Ley 600 de 2000, 3 de la Ley 906 de 2004, 21 de la Ley 734 de 2002, 16 de la Ley 1123 de 2007 y 22

de la Ley 1952 de 2019, pues de lo contrario la norma sería inútil y desconocería el principio de interpretación de los efectos útiles de la norma y el principio *pro homine* del artículo 29 de la Convención Americana, en consecuencia, esos derechos universalmente reconocidos son aquellos que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el ámbito del *soft law* consagran.

Primera regla: ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada, dice la Americana, en el sentido de: a) que "alguno de los Estados parte, grupo o persona, pueda suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella"; es decir, nunca puede existir una disposición del Estado nacional, Constitución o Ley que esté por debajo de los estándares internacionales de los derechos humanos.

Segunda regla: ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada de tal manera que b) se pueda "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte"; es decir, si la Constitución nacional o las leyes tienen unos mejores estándares de garantías que las normas internacionales, ello comporta el que no se aplican las normas internacionales, sino que se aplican las normas nacionales. Eso es lo que se conoce como principio *pro homine* o *pro libertate*, que da cuenta de que esa vieja discusión decimonónica del siglo XVIII ya no puede aceptarse, según la cual las constituciones estaban por encima de los tratados internacionales. No puede ser aceptado, pero tampoco puede ser aceptado la que hoy se quiere imponer, y es que, los tratados están por encima de las constituciones; tampoco ello es admisible. El mismo tratado, la Convención Americana de Derechos Humanos está negando ambas posibilidades en los literales a) y b) del artículo 29.

Tercera regla: no contento con ello dice de manera absolutamente clara que, de todos modos, el mejor estándar de garantía internacional tiene que registrarse a partir del examen de la Convención Americana con los otros tratados internacionales de derechos humanos, al establecer el literal b) que tampoco caben limitaciones o supresiones de derechos "de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados"; por ejemplo, con lo referido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero en términos prácticos, siempre he encontrado que por encima siempre se posicionan en materia de mejores estándares de garantías la Convención Americana de Derechos Humanos. La Convención Americana es la más amplia y con mejores estándares de garantías, la que cumple en la práctica, y mejor medida, con el principio *pro homine* o *pro libertate*.

Allí, entre los artículos 2 y 29 de la Convención Americana, tenemos el origen y la institucionalidad del Control de Convencionalidad, que presupone la existencia de un Bloque de Convencionalidad y un Bloque de Constitucionalidad. Pero también, sin duda, para darle cabida a las normas del *soft law* a un bloque de legalidad de los derechos humanos, dada la incorporación que de esta normatividad permite y facilita el artículo 4 de la Ley 1709 de 2014,

Se debe ejercer control constitucional porque la Constitución está por encima de la Ley y la Constitución es norma de normas; eso significa que las normas del Código Penal y de Procedimiento Penal, así como las de los códigos disciplinarios hay que interpretarlas necesariamente de conformidad con la Constitución; tenemos que hacer una interpretación conforme a la Constitución. Incluso, si no se ha expedido norma que desarrolle la garantía constitucional, entonces aplicamos la Constitución de manera directa. Pero también, si el legislador no lo ha hecho, es deber del juez implementar lo necesario para el cumplimiento del debido proceso, tal como lo mandan los artículos 85 y 86 constitucionales y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Eso está claro a partir de los artículos 2, 4, 5, 29, 85, 86, 93, 228, 229 y 230 de la Constitución Nacional en armonía con el artículo 29 de la Convención.

Control de Constitucionalidad, sí indefectible e inexorablemente. Pero no basta el Control de Constitucionalidad, se debe y se tiene que ejercer Control de Convencionalidad por las autoridades, muy especialmente por los jueces, tanto en sentido orgánico como en sentido material, tal como sucede en materias disciplinaria, según lo dispone el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Particularmente ello nunca puede ser olvidado por parte de los jueces penales y especialmente por los jueces de garantías, porque todos los jueces son jueces constitucionales, sobre todo los jueces de garantías; también ello se predica de los jueces disciplinarios en su respectivo litigio.

Precisamente, así tiene que ser, pues los tratados sobre derechos humanos y sus normas de *soft law* se encuentran incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico interno según se ha visto, se condensan en los principios y normas rectoras de los códigos penales y disciplinarios, y a todos, por virtud del principio de integración analógica *in bonam partem*, les resultan aplicables el artículo 27 de la Ley 906 de 2004:

Moduladores de la actividad procesal. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia

Esto es absolutamente claro, no llama a tergiversación alguna, debe cumplirse, debe hacerse con ciencia, pero fundamentalmente con conciencia. Si no se cumple con el ejercicio del Control de Convencionalidad, que implica integradamente el de convencionalidad y el de legalidad, se pueden ocasionar graves problemas por fallas de la Administración de Justicia debido a errores inexcusables, al incurrirse en actos antijurídicos que impliquen, conforme el artículo 90 constitucional, responsabilidad extracontractual del Estado y, por dicha vía, dar pábulo para el ejercicio de la acción de repetición.

El Control de Convencionalidad es un instrumento a través del cual se "permite que las mayores garantías previstas en tratados internacionales que consagren derechos humanos rijan en el orden interno, por vir-

tud del bloque de constitucionalidad"[27].

El Consejo de Estado, aun cuando en un caso diferente al Derecho Disciplinario, pero sí dentro del marco del Derecho Sancionador del Estado, consideró incluso que el Control de Convencionalidad debe ser ejercido de oficio por los jueces en Colombia:

> *Control oficioso de convencionalidad*
>
> *2.1. El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el "control difuso de convencionalidad", e implica el deber de todo juez nacional de "realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*[28].
>
> *Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el "caso Almonacid Arellano y otros vs Chile"*[29]*, lo cierto es que desde antes del 2002*[30]*, e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.*
>
> *2.2. Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,*[31] *aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.*
>
> *Sin perjuicio de lo anterior, cabe desta-*

[27] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (radicación No. 11001032500020140036000, No. Interno 1131-2014, C. P. Palomino Cortés).

[28] "Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la cadh, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" [Ferrer MacGregor, s. f. a].

[29] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

[30] "El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v. gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)" (Sagüés, s. f.).

[31] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: "El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana".

car cómo en el "caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que "cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma[32] *y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella"*[33].

2.3. Lo anterior indica claramente que el juez nacional no solo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una "interpretación convencional" para determinar si aquellas normas son "compatibles" con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.[34]

Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente

---

[32] "El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente" (Carbonell, s. f.).

[33] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

[34] "Se trata de un estándar 'mínimo' creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la cadh y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte idh; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del 'bloque de constitucionalidad/convencionalidad' otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales" (Ferrer MacGregor, s. f. b).

el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[35].

2.4. En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces– de aplicar la excepción de inconvencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

Esta afirmación se fundamenta no solo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,[36] *sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el telos de esta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los derechos humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.*

Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones[37].

En trascendental decisión, ahora sí involucrado el Derecho Disciplinario de la función pública, sobre todo por cuanto estaban de por medio algunas recomenda-

[35] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer Mac-Gregor (s. f. a): "Si observamos los alcances del 'control difuso de convencionalidad', podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de 'bloque de constitucionalidad' derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la cadh y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un 'deber' de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un 'bloque de convencionalidad' para establecer 'estándares' en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional".

[36] Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

[37] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia de 12 de noviembre de 2014 (C. P. Santofimio Gamboa, radicado N.º 25000-23-26-000-2000-01335-01 (28.505)).

ciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Control de convencionalidad

El artículo 9 de la Constitución Política prevé que el Estado colombiano reconoce los principios de derecho internacional. Así mismo, los artículos 26 y 27 de la Ley 32 de 1985, aprobatoria de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, disponen que el Estado debe cumplir los tratados de buena fe, principio pacta sunt servanda, y prohíben invocar disposiciones de derecho interno para incumplir los tratados internacionales.

En este sentido, Colombia, como Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica celebrado en 1969, se obliga a "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", conforme al artículo 1 de la Convención, de tal manera que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

De conformidad con el texto de la cadh, la Corte idh es un órgano supraestatal establecido para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en esta Convención. Se trata de un medio de protección para la efectividad de las normas convencionales (artículo 33 convencional).

Al ser la Corte idh un medio de protección y el intérprete autorizado de las normas convenidas en la cadh, sus decisiones tienen efectos vinculantes y de obligatoria observancia para los Estados parte, de tal manera que ellos están sometidos a verificar que las normas de su ordenamiento jurídico interno sean compatibles con las normas convenidas multilateralmente y que, en caso de que ello no lo sea, se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento. Esto es lo que la jurisprudencia interamericana ha denominado control de convencionalidad.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 26 de septiembre del 2006, en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, se refirió al control de convencionalidad en los siguientes términos: "123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando

el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Como se advirtió en el capítulo anterior, la sentencia C-028 del 2006 de la Corte Constitucional constituyó cosa juzgada constitucional de manera parcial, al considerar el avenimiento de las funciones de la Procuraduría General de la Nación al orden constitucional cuando se trata de sancionar y limitar el ejercicio de derechos políticos de funcionarios elegidos popularmente, cuyas conductas se han enmarcado en actos de corrupción, sin que se hayan abordado los eventos en los que las sanciones de destitución e inhabilidad a esos mismos servidores públicos devienen de casos en que, contrario sensu, no se enmarcan en supuestos de hecho relacionados directamente con actos de corrupción, de forma que es perfectamente posible para la Sala entrar a analizar el cargo de falta de competencia de la Procuraduría General respecto de la sanción aplicada al exalcalde Gustavo Petro, frente a la disposición del artículo 23.2 convencional, es decir, de efectuar el control de convencionalidad de las normas legales del orden interno que facultan al Procurador para imponer sanciones que restringen los derechos políticos de los servidores elegidos popularmen-

te en el caso concreto.

Ahora bien, un control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, fundamento sancionatorio en el presente caso, permite advertir una incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional y concluir, de manera diáfana, que la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal, por las siguientes razones:

La primera, porque al no ser sancionado el señor Gustavo Petro por una conducta que constituyera un acto de corrupción, la Procuraduría General de la Nación contravino una disposición de rango superior (artículo 23.2 convencional) que obliga, por vía del principio pacta sunt servanda, a su ineludible observancia por parte de los Estados miembros de la Convención, norma que dispone que solo un juez penal, mediante una sentencia condenatoria dictada en un proceso penal, puede restringir los derechos políticos de una persona[38].

Pero lo más importante, exhortó al Gobierno nacional a poner a tono la legislación interna con el cuerpo jurídico convencional en un caso concreto, señalando:

El papel del juez en este caso no puede ser el de dejar hacer y dejar pasar, por ello, si bien solamente es posible predicar de los efectos de esta providencia aquellos inter partes, las consideraciones aquí plasmadas aunadas a las recomendaciones que sobre este caso hiciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano, concretamente, en sus numerales 3 a 7114, que se refieren a aspectos de política pública y a ajustes del régimen jurídico nacional, y para dar aplicación a las reglas y procedimientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario exhortar al Gobierno nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta: (i) las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, en particular aquellas que configuren cosa juzgada constitucional, específicamente, en esta materia; (ii) la obligación del

[38] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (C. P. Palomino Cortés, radicación N.º 11001032500020140036000 y N.º Interno 1131-2014).

Estado de asegurar la vigencia de los derechos políticos y restringir su limitación en la faceta pasiva, a decisiones de derecho sancionatorio proferidas por autoridad competente, con el fin de proteger los derechos políticos de los electores en todas las esferas político-administrativas y se preserve la integridad del mandato ciudadano en cabeza de aquellas autoridades que gobiernan o administran en nombre de opciones políticas diversas, minoritarias o, si acaso, contrarias a las del establecimiento; propuesta que se acompasa con el posible surgimiento de gobernantes locales que representen nuevas opciones políticas a partir de los acuerdos de paz que se suscribieron en el país y cuya ejecución se encuentra implementando; y (iii) la necesidad de garantizar herramientas y procedimientos que fortalezcan la lucha contra la corrupción, la correcta prestación de la función pública y la preservación del patrimonio político.

Por los efectos interpartes del presente fallo, las condiciones de aplicabilidad del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, en particular, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la vigencia del régimen jurídico estatal, y mientras se adoptan los ajustes internos, la Procuraduría General de la Nación conserva la facultad para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular en los términos de esta providencia[39].

Ahora, si el defensor Público no propuso el Control de Convencionalidad, pues obviamente el juez debía y tenía que asumirlo de manera oficiosa conforme al artículo 2 de la Constitución Nacional, que dice que las autoridades están instituidas para hacer efectivo los fines, derechos y deberes constitucionales, pero también el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares; en este caso, de los deberes de quienes litigan, como los abogados en defensoría pública a la luz de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971, en armonía con los artículo 95 numerales 4º y 7º, 118, 277 numeral 2º y 282 numerales 2º y 4º de la Constitución Nacional.

Si no lo hizo, puede incurrir el juez en una omisión, omisión por culpa grave porque es absolutamente imposible desconocer esa norma; sobre todo que es una norma fundamental con naturaleza de principios del Estado a cargo de un juez; decir que un juez no conoce el artículo 2 de la Constitución sería de verdad algo inaudito, inaceptable, para ser titular de una profesión como la abogacía se reclama estudios y técnicas especializadas.

Ahora, si el defensor público le propuso ejercer el Control de Convencionalidad y no lo hizo, especialmente cuando salió con la peregrina tesis de que no le fuera a dictar clases de derecho como la célebre juez de Cúcuta, pues ya no hay culpa; allí lo que hay es dolo y prácticamente tenemos un

[39] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (C. P. Palomino Cortés, radicación N.º 11001032500020140036000 y N.º Interno 1131-2014).

juez que está sujeto a ser vinculado desde un principio a la acción de repetición con la demanda misma por responsabilidad extracontractual del Estado, desde un principio y ya no solo cuando haya terminado el proceso

Sin embargo, esto es claro respecto de los tratados internacionales de derechos humanos, lo que indica entonces, que lo anterior es aplicable perfectamente a lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad en sentido duro, en sentido riguroso, en sentido fuerte; es decir, el Bloque de Constitucionalidad que se conforma con normas de derechos humanos del *hard law,* ya que estas están contenidas en los tratados internacionales o convenciones internacionales de derechos humanos y en ciertos Protocolos que no tienen esas exigencias, como lo pueden ver en el artículo 31 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como también las normas del *ius cogens*, toda vez que estas son aquellas que el derecho internacional y los jueces internacionales han equiparado a las convenciones o tratados internacionales sobre derechos humanos. Obviamente, también aquí las leyes estatutarias de la administración de justicia y de los derechos fundamentales y la Constitución Política.

La dificultad surge con el tema de las normas del *soft law*, porque son normas de derecho blando y resulta que en materia penal y también disciplinaria, la analogía no tiene entrada salvo que se trate de analogía *in bonam partem*, amplias extensiva e intensivamente, y están representadas por aquellas normas que se conocen como principios, directrices, reglamentos, acuerdos, etcétera, etcétera; entre las cuales tenemos las directrices de la Riad, los Principios de Beijing, los principios sobre imparcialidad de la administración de justicia de jueces y fiscales, por supuesto, la más importante en este escrito, Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, y muchísimas más,

Ahora, ¿qué obliga a los jueces a hacer ese juicio?, y hablo de los jueces penales y disciplinarios, y hablo de los jueces penales frente a la ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 cuyos artículos 23 y 25, respectivamente, dan cuenta de la integración normativa, como también sucede para el derecho disciplinario, vía artículos 21 de la Ley 734 del 2002, 16 de la Ley 1123 de 2007 y 22 de la Ley 1952 del 2019: la necesidad de modular los principios constitucionales y legales en materia penal y disciplinaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004.

Para ello necesitamos entrenamiento en la interpretación a partir de principios, con el fin de entender plenamente y comprender cabalmente el sentido de los artículos 13 del Código Penal, 24 de la Ley 600, 26 de la Ley 906 del 2004. Para los efectos del derecho disciplinario, los principios rectores, los artículos 21 de la 734, 16 de la Ley 1123 de 2007 y 22 de la 1952[40].

El éxito de la actividad defensorial descansa en una estrategia a través de la cual, Primero ampliemos las fuentes del derecho a partir

[40] Para el efecto, de esta misma colección, "La Interpretación por principios y su consolidación legal, doctrinal y jurisprudencial en Colombia".

de las cuales podamos reclamar más eficaz y eficientemente los derechos y las garantías convencionales, constitucionales y legales. Segundo, entender que existen un Bloque de Convencionalidad, un Bloque de Constitucionalidad y un Bloque de Legalidad en materia de derechos humanos; y, Tercero, que tenemos que interpretar a partir de principios, de los principios o normas rectoras contenidos en los primeros artículos de los códigos y la forma a través de la cual, de manera eficaz, efectiva y eficiente, tengamos la oportunidad de recalcarle al juez que efectúe Control de Convencionalidad, lo haga de manera obligatoria a partir de la aplicación del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

Capítulo 3

La objeción de consciencia al formalismo jurídico

Ha quedado establecido, sin duda alguna, que los abogados cumplen en Colombia una función social de cardinal importancia. Igualmente, que son una institución de singular importancia para el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia. Empero, también son personas cuyos derechos constitucionales fundamentales no son anulados ni reducidos sin más ni más por virtud de los deberes constitucionales que les competen, toda vez que, entre dichos derechos y deberes constitucionales debe existir un adecuado equilibrio, pues tanto la dignidad personal como la solidaridad y prevalencia del interés general son fundamentos del orden jurídico (artículo 1 de la Carta Política), no se anulan sino que se ponderan, lo cual se inscribe de manera racional en lo dispuesto en el artículo 95, cuando de manera clara establece que "el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades".

La responsabilidad es un concepto jurídico dependiente de la dignidad humana, la cual parte de reconocer que somos sujetos de derecho que tenemos capacidad y atributos únicos para actuar orientados por el sentido, por el valor y por la verdad, amén de que, nuestra consciencia jurídica está dotada de las dimensiones de lo que se ha denominado por la antropología filosófica[41] como "consciencia técnico-práctica", según la cual nuestro comportamiento es dirigido, previsor, planificado y mancomunado, y "consciencia ético-práctica o consciencia valorativa", lo que nos permite ser sujetos de deberes autónomos y heterónomos -capacidad de debitud- y tener la capacidad de exigibilidad en los mismos términos respecto de dichos deberes, esto es, no somo sujetos de obligaciones ciegas, ni desde el punto de vista causal-determinístico ni desde el punto de vista ético-jurídico[42]-[43].

El artículo 18 consagra el derecho constitucional fundamental de libertad de consciencia, creencia y pensamiento, aspecto

[41] Carlos Arturo Gómez Pavajeau. "La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de derecho penal" en Revista Derecho Penal y Criminología No 93, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 27 y ss.

[42] Carlos Arturo Gómez Pavajeau & Carolina Gutiérrez De Piñeres-Botero. Neurociencia y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

[43] Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Neuroderecho penal y disciplinario. Conducta humana, consciencia de la ilicitud y reproche jurídico-social, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

propio de la individualidad del sujeto de derecho, inherente a su personalidad jurídica, precisando de manera contundente que nadie podrá ser "obligado a actuar contra su consciencia".

Ciertamente que, vivimos en sociedad, nadie puede sustraerse sin más al cumplimiento del orden jurídico, pues el mismo ha sido instituido en su interés por conservar sus derechos, pero los mismos no pueden entenderse y comprenderse sino en el espectro social, con el otro y la sociedad, lo que precisamente emana del principio consignado en el artículo 1 constitucional, al dar cuenta de la solidaridad y la prevalencia del interés general.

Por ello, de manera clara, otros principios fundamentales constitucionales del Estado señalan que "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades" (artículo 4 inciso 2º) y "los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes" (artículo 6).

Nótese como, sujeto a las leyes, pero primeramente a la Carta Política y la ley, como tal, debe estar sujeta a los derechos y deberes constitucionales fundamentales, tal como se desprende de los artículos 1, 2, 5, 29, 85, 86, 93 y 94, en armonía con el 95. Ya decía Otto Bachof que antes "los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley, hoy es la ley la que vale en el ámbito de los derechos fundamentales". Significa lo anterior un cambio de paradigma, en tanto, como dice Bachof, "es un retorno de la idea de la ley como previa al derecho, a la del derecho como previo a la ley", con lo cual se rompe con la equiparación entre ley y derecho[44].

Por ello, no basta en apreciar contradicciones, pues en un sistema axiológico como los que erige el constitucionalismo moderno ello no tiene cabida, en un sistema de principios solo pueden entenderse la "ponderación" como método para resolver las aparentes antinomias valorativas, razón por la cual hemos planteado que todo juez tiene que aplicar sus facultades oficiosas del ejercicio del Control de Convencionalidad cuando aborde estos espinosos temas, para lo cual tiene, a la mano sus poderes de ordenación e instrucción que le otorga en artículo 27 de la Ley 906 de 2004 en armonía con sus artículos 138 y 139, y muy especialmente con el 42 del Código General del Proceso.

Tal ejercicio de ponderación es ineludible, pues viene ordenado de manera clara por el artículo 2 constitucional, cuando señala claramente que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas (...) en su (...) honra (...) creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Significa lo anterior, sin más ni más, en sintonía y sincronía con su artículo 95 que al establecerse derechos y deberes la solución concreta de las potenciales antinomias debe considerar una ponderación de ambos, en el caso que planteamos entre el cumplimiento de la ley y los derechos individuales de objeción de conciencia de los abogados en el ejercicio de la profesión, pues allí pue-

[44] Otto Bachof. Jueces y Constitución, Madrid, Civitas, 1985, pp. 46 y 49.

den ofrecerse antinomias entre la conciencia individual y los deberes sociales derivados de la función social que cumplen los profesionales del Derecho, tal como lo expresa el artículo 2.

Obviamente, la dignidad humana en términos individuales está consignada en el artículo 1 constitucional, la misma reforzada de manera absolutamente contundente por su artículo 16, según el cual "todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", ante lo cual, la expresión "orden jurídico" debe entenderse conforme a la interpretación que del artículo 230 ha efectuado la Corte Constitucional según sentencias C-836 de 2002, C-335 de 2008 y C-634 de 2011, puesto que la constitución es "norma de normas" y los derechos constitucionales son inalienables, prevalecientes sobre la ley (artículos 4, 5, 85, 86 y 93).

Igualmente, no se trata de una dignidad egocéntrica sino altera, aquella que obviamente implica reclamar derechos por el individuo pero con miras al otro y a la sociedad, como se deriva del artículo 95 constitucional, pues todo ejercicio de derechos constitucionales implica responsabilidades conforme a los deberes sociales reitera el artículo 2, habida cuenta que el concepto de dignidad es mucho más amplio, toda vez que también es fundamento del orden jurídico la "dignidad de las diferentes culturas" (artículo 70) que no pone a tono con la pluriculturalidad derivada del preámbulo y del artículo 7, pues "el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana".

Así, entonces, conjugadas todas estas disposiciones en términos axiológicos y ponderadas debidamente, tenemos que entender que el mandato del artículo 14 constitucional es prioritario en la definición del problema que proponemos, pues establece que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", lo cual tiene que determinarse dentro de tal marco o sistema valorativo.

Por supuesto, en dicho reconocimiento, particularmente respecto de los abogados, no puede perderse de vista sus convicciones jurídico-filosóficas, toda vez que ello hace parte de su libre desarrollo de la personalidad protegida por el artículo 16 constitucional, pues este refrenda de manera contundente lo dispuesto en el artículo 13 sobre el derecho constitucional fundamental a la libertad "política o filosófica".

Pues bien, si el deber social derivado de la función social de la abogacía estriba en defender en "justicia" las causas y, dentro del marco general defender el mantenimiento del orden jurídico, pero fundamentalmente propender por su "perfeccionamiento", mandatos claros de los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971, vigentes por lo dispuesto en el artículo 112[45] de la Ley 1123 de 2007, el mandato no se queda en la "justicia formal", sino en el derrotero de propender por que se haga "justicia material", y le co-

[45] Como se advierte, tal artículo no deroga en su integridad al decreto 196 de 1971, sino en lo pertinente, en aquello referido al Derecho Disciplinario y al procedimiento, toda vez que reza que "deroga en lo pertinente el decreto 196 de 1971".

rresponde al juez responder adecuadamente a ello, pues así se lo manda el principio republicano de actuar racional y razonablemente como autoridad pública (artículo 1 constitucional), su deber de "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" (artículos 2 y 123 ibidem), imponiendo los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales (artículo 4 ibidem), en cuanto la "primacía de los derechos inalienables de la persona" (artículo 5), única forma de poner en práctica el mandato de los jueces tanto en sentido orgánico como material de "hacer prevalecer el derecho sustancial" (artículo 228 ibidem) con la garantía del acceso efectivo a la justica de todos sin discriminación alguna (artículos 2, 85, 86 y 229 ibidem).

La Corte Constitucional ha señalado sobre la existencia de un derecho fundamental a la objeción de consciencia:

> *2.3. La garantía a la libertad de conciencia y su relación con otros derechos fundamentales*
>
> *El artículo 18 de la Constitución Política garantiza el derecho fundamental a la libertad de conciencia, al consagrar que "Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia".*
>
> *De acuerdo con el precepto constitucional, tres prerrogativas nacen del derecho a la libertad de conciencia: (i) nadie podrá ser objeto ni de acoso ni de persecución debido a sus convicciones o creencias; (ir) ninguna persona estará obligada a revelar sus convicciones y (mi) nadie será obligado a actuar contra su conciencia.*
>
> *Es de esta última prerrogativa que nace el derecho fundamental a la objeción de conciencia. Por ello, para efectos de analizar el alcance de este derecho, resulta pertinente estudiar primero lo que debe entenderse por libertad de conciencia.*
>
> *2.3.1. La libertad de conciencia ha sido entendida como un elemento indispensable en una sociedad democrática participativa y pluralista, que reconoce la necesidad de la autorrealización del individuo y la garantía de la dignidad humana (arts. 1, 18, 19 y 85 C.P.). Para este Tribunal, estas libertades "hacen parte esencial del sistema de derechos establecido en la Constitución de 1991, junto con el mandato de tolerancia, que se encuentra íntimamente ligado a la convivencia pacífica y al respeto de los valores fundantes del Estado colombiano"[46]. Ese mandato de tolerancia también se predica de las facultades de pensar y obrar según la conciencia individual.*
>
> *2.3.2. En la sentencia T-409 de 1992[47], la Corte Constitucional determinó que la libertad de conciencia*

[46] Corte Constitucional. Sentencia T-662-99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[47] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

consistente en "la facultad que tiene una persona para actuar en determinado sentido, o para abstenerse de hacerlo, se ve determinada en grado sumo por sus convicciones, por su propia ideología, por su manera de concebir el mundo". Reconoce que las convicciones e ideologías son el producto de la formación social, moral, académica y dado el caso, religiosa, que condiciona a cada individuo, en cuanto le impone modelos de comportamiento en la sociedad a la que pertenece. La garantía de esa libertad implica que ese sistema de valores no puede ser invadido ni modificado por acción del Estado. En la misma línea, en la sentencia T-547 de 1993[48], se define esa libertad como "la inmunidad de toda fuerza externa que obligue a actuar contra las propias convicciones y que impida la realización de aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento". En la sentencia C-616 de 1997[49], se estableció que la libertad de conciencia debía entenderse como "el propio discernimiento sobre lo que estaba bien y lo que estaba mal. Es decir, se trataba de conciencia moral".

2.3.3. Así mismo, en providencia T-332 de 2004[50], la Corte consideró que la libertad de conciencia es un derecho fundamental de aplicación inmediata, que "tiene toda persona para actuar en consideración a sus propios parámetros de conducta, sin que pueda imponérsele actuaciones que estén en contra de su razón" Se trata de un derecho reconocido también en el ámbito internacional, en el artículo 3º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.3.4. De otra parte, la libertad de conciencia se constituye en una consecuencia necesaria del carácter pluralista del Estado Colombiano. En efecto, en la sentencia T-388 de 2009[51] se consideró que esta fórmula pluralista se manifiesta en tres dimensiones: (i) la diversidad que se admite y promueve (art. 7º C.P.); (ir) las distintas aspiraciones y valoraciones[52] que se aprecian de modo positivo, de mane-

---

[48] M.P Alejandro Martínez Caballero

[49] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

[50] M.P Jaime Córdoba Triviño

[51] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[52] La aspiración de una norma constitucional como la de 1991 es obtener, en la medida de lo jurídico, fáctico y económicamente posible, la plena realización de los valores y principios consagrados en el preámbulo: "El pueblo de Colombia//en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz [...]".

ra especial, la libertad religiosa[53], de conciencia y pensamiento[54] así como la libertad de expresión[55] y (mi) los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferentes concepciones.

Por otro lado, la Corte ha tenido la oportunidad de referirse a la relación existente entre el derecho fundamental a la libertad de conciencia con otros derechos como la libertad religiosa, de pensamiento y de expresión.

2.3.5. En relación con el derecho a la libertad religiosa, en la sentencia T-026 de 2005[56] la Corporación explicó que "para el creyente la coherencia de su vida personal con los dogmas y creencias de su religión, reviste una importancia medular, en tanto muchas veces ella determina los proyectos de vida personal". En el mismo sentido, en la sentencia T-547 de 1993[57] la Corte explicó que "la dignidad humana, la excelencia del ser personal requiere que la persona actúe libremente según su conciencia, por ello no se le puede impedir, principalmente en materia religiosa, que obre contra su recta conciencia, porque el ejercicio de la religión consiste ante todo en actos voluntarios y libres, por medio de los cuales la persona guía todos sus actos en función de la religión que profese, y por la misma naturaleza del hombre esos actos internos deben externamente manifestarse".

Asimismo, en la sentencia T-823 de 2002[58], consideró que existía una relación entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa, afirmando que "el hombre como un ser proyectivo, estimativo y temporal ajusta su conducta a los cánones de una determinada religión en aras de obtener la satisfacción de una vida plena, transcendente y espiritual[59]". Agregó que es deber del Estado "asegurar que todos los creyentes tengan la libertad de actuar según sus propias convicciones y de prohibir aquellas coacciones o impedimentos que restrinjan el compromiso asumido por ellos de conducirse según lo que profesan".

---

[53] "Artículo 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. / Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley".

[54] "Artículo 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia".

[55] "Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios de comunicación masiva. / Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura".

[56] M.P Humberto Sierra Porto

[57] M.P Alejandro Martínez Caballero

[58] M.P Rodrigo Escobar Gil

[59] Cfr. Sentencia T-411 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

2.3.6. Sin embargo, no en todos los casos la conciencia del individuo está relacionada con la asunción de determinado credo religioso. En efecto, en la sentencia C-616 de 1997[60] la Corte señaló que aunque la ideología adoptada por una persona, o su religión, podían determinar su conciencia, es decir su personal manera de emitir juicios morales prácticos, no por ello la libertad de conciencia se confundía con el derecho a la libertad religiosa, pues de hecho, no hacía falta estar inscrito en una religión determinada, ni en un sistema filosófico, humanístico o político, para emitir juicios prácticos en torno de lo que era correcto o incorrecto, pues las personas ateas o las agnósticas, igualmente lo hacían.

2.3.7. En cuanto a la libertad de pensamiento y de expresión explicó la citada sentencia[61], que comporta para su titular la facultad de adherir o de profesar determinada ideología, filosofía o cosmovisión, lo que implica para el individuo el atributo de estar conforme con un determinado sistema en torno del mismo hombre, del mundo y de los valores. La libertad de pensamiento lleva consigo la libertad de expresión, como lo establece el artículo 20 de la Carta al disponer que "se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento..." Esta relación no implica per se que el concepto de libertad de conciencia sea sinónimo con la libertad de pensamiento, por cuanto a diferencia de la libertad de opinión o de la libertad religiosa, la de conciencia, se ejerce siempre de modo individual. "En cuanto prerrogativa personal, la conciencia a la que se refiere la libertad constitucionalmente protegida es la conciencia subjetiva, o mejor, la regla subjetiva de moralidad. No se trata pues de la protección abstracta de un sistema moral determinado, o de una regla objetiva de moralidad"[62].

En suma, el derecho a la libertad de conciencia implica la garantía de todo individuo para actuar en concordancia con un conjunto de valores y convicciones personales. Este derecho, además, tiene una íntima relación con la libertad religiosa y de pensamiento. Pasará entonces la Sala a analizar si dentro de las prerrogativas que se deducen del mismo, se encuentra la posibilidad de objetar el cumplimiento de un deber jurídico.

2.4. El derecho a la objeción de conciencia como un derecho fundamental[63]

2.4.1. La Corte resalta que la garantía de la objeción de conciencia, esto es, el derecho que tiene toda persona a no

---

[60] M.P Vladimiro Naranjo Mesa

[61] Ibidem

[62] C-616 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[63] "La conciencia es el mejor juez que tiene un hombre de bien", José de San Martín.

ser obligado a actuar en contra de sus convicciones descansa en el respeto, en la coexistencia de las creencias morales de cada quien y se funda en la idea de la libertad humana como principio fundamental de la ética contemporánea. En estos términos, se concibe al hombre como sujeto moral, capaz de emitir un juicio sobre un determinado comportamiento. Por ello, la libertad de conciencia incluye la facultad de emitir juicios morales internos y de actuar conforme a ellos.

La forma abierta en que el constituyente concibió la libertad de conciencia y el consecuente derecho de objeción, esto es, la garantía de que nadie puede ser obligado a actuar en contra de su conciencia, plantea entre otros, el dilema de si esta salvaguarda lleva consigo el derecho de objetar el cumplimiento de un deber jurídico por razones de orden ético o moral.

En efecto, el enfrentamiento entre los dictados de la conciencia individual y los imperativos de la norma positiva es cada vez más frecuente en una sociedad pluralista, que además defiende la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad. Así, surge la objeción al servicio militar, a la realización de actividades laborales en sábado, la negativa a prestar juramento y al estudio de determinadas materias religiosas en una institución educativa, entre otras cuestiones.

2.4.2. El debate sobre la posibilidad de exceptuar el cumplimiento de un deber legal, con base en la objeción de conciencia es relativamente contemporáneo, a pesar de que, en la antigüedad, los primeros objetores de conciencia fueron los cristianos, quienes se negaron a servir al emperador. En la Edad Media, la fusión entre el derecho y la moral hizo imposible la posibilidad de objetar. En la época de la Ilustración, aceptar la posibilidad de desobediencia a la Ley por motivos morales resultaba contradictoria, en la medida en que la Ley ya no es producto de la voluntad del monarca, sino el resultado de la voluntad general, que permite al hombre ser gobernado por sí mismo. Para Montesquieu ("El espíritu de las leyes"), la libertad es el "derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que, si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad".

Es en los orígenes del Estado Constitucional en donde la objeción de conciencia adopta sus rasgos definitorios, como derecho fundamental, como límite al poder legislativo y de respeto a las minorías. En la teoría jurídica actual, entre otros tratadistas, Ronald Dworkin[64] plantea el problema de la objeción de conciencia frente a las leyes de reclutamiento de la guerra de Vietnam y defiende el derecho legítimo de desobedecimiento por el respeto a la opción moral diversa. Por otro lado,

[64] Ver Dworkin, Ronald. "Los derechos en serio". Barcelona: 1995. Editorial Ariel.

Joseph Raz[65] afirma que un Estado es verdaderamente liberal si incluye disposiciones jurídicas que autoricen a un individuo a no ser responsable de una violación de su deber, si piensa que es moralmente malo para él.

Para Luis Prieto Sanchís, la objeción de conciencia es un corolario de la libertad de conciencia, de modo que en los sistemas constitucionales donde esta se reconoce, existe un "derecho general" a desobedecer por motivos de conciencia y, por consiguiente, para poder objetar en conciencia el cumplimiento de un determinado deber, no es necesario que exista un reconocimiento legal explícito. No obstante, el profesor Sanchís aclara que la objeción de conciencia "no supone, desde luego, que uno tenga derecho a desobedecer (o a objetar) cualquier deber jurídico alegando su libertad de conciencia; pero sí supone que existe una justificación 'prima facie' –o sea, dependiente de una evaluación final– de tal derecho, que estará sometido a los mismos límites que se establecen para el resto de los derechos y libertades protegidos por el ordenamiento[66].

En el mismo sentido, esta Corporación, en la sentencia C-728 de 2009[67], reafirmó el carácter de derecho fundamental subjetivo y de aplicación inmediata de la objeción de conciencia, y sostuvo que para la aplicación de este no se requería de un desarrollo legislativo, ya que puede hacerse valer directamente con base en la Constitución. Reiteró que el derecho a la objeción de conciencia encuentra sustento en la libertad de conciencia, que le garantiza a toda persona el derecho constitucional a "no ser obligado actuar en contra de su conciencia". Por tanto, la acción de tutela es un mecanismo idóneo para lograr su protección eficaz.

En síntesis, el reconocimiento a la objeción de conciencia se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la libertad de conciencia y no se constituye en una evasión al ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, toda sociedad democrática debe estar interesada en el respeto de los derechos individuales de cada uno de los ciudadanos. No se trata de hacer prevalecer el interés de uno o unos pocos frente a muchos o la inmensa mayoría. Es un problema de calidad democrática y respeto a los derechos individuales básicos: cuando el Estado admite la objeción de conciencia de un particular, está potenciando en beneficio de toda la sociedad ese valor fundamental.

Jueces y fiscales tienen que tener muy presente que el artículo 138 de la Ley 906 de 2004 estipula, de manera contundente y perentoria, que "son deberes comunes de

[65] Raz, Joseph. "La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral". México: 2011. Ediciones Coyoacán.

[66] Prieto Sanchís, Luis, "Justicia constitucional y derechos fundamentales". Madrid: 2003. Ed. Trotta.

[67] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, los siguientes": i) "resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional" (numeral 1º); y, ir) "respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso" (numeral 2º).

Significa lo anterior, sin discusión, que así se predique del juez la neutralidad y del fiscal la parcialidad, ninguno puede desconocer los principios que gobiernan el proceso judicial, incluidos aquí los operadores jurídicos disciplinarios, puesto que los principios de neutralidad, objetividad, imparcialidad son predicables de todos los servidores públicos, incluidos los funcionarios judiciales.

En efecto, sobre el tema se tiene que La administración de justicia penal es una "función pública" (artículo 228) y como tal, también a ella se le aplican los principios consagrados y demandados en el artículo 209 de la Carta Política. La "Función Pública" es una materia transversal a los poderes ejecutivo, judicial y legislativo, incluso a los órganos de control autónomos e independientes (artículo 113 de la Carta Política).

Lo anterior muy a pesar de que el artículo 209 de la Carta Política trata sobre la "función administrativa", incluso ella es la temática de conformidad con el *nomen iuris* del capítulo 5 del título VII, de la rama ejecutiva, al cual pertenece.

Como se evidencia en los artículos comprendidos entre el 122 y el 131, pertenecientes al capítulo 2, De la función pública, correspondiente al título V de la organización del estado, los principios de la "función administrativa" son, *mutatis mutandi*, aplicables a toda la función pública, incluida la que ejercen los particulares.

Por ello la jurisprudencia constitucional ha dicho que los principios consignados en el artículo 209 de la Carta Política "son vinculantes para todos los operadores jurídicos estatales"[68].

Los rasgos actuales de la función pública tienen su especial fundamento en el artículo 209 de la Carta Política, norma que también, en el concierto político jurídico del Estado Social, se aplica a la función judicial y a los funcionarios judiciales. Estos también se encuentran sujetos al cumplimiento de los criterios que informan la Administración, consignados en el artículo 209 de la Carta Política, tal como ha quedado expuesto en la sentencia C-037 de 1996, mediante la cual se ejerció el control constitucional previo a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996).

Así lo ha ratificado la misma jurisprudencia cuando, de manera diáfana, precisó que los principios de que da cuenta el artículo 209 constitucional "son igualmente aplicables a la administración de justicia"[69].

[68] Corte Constitucional, sentencia C-071 de 1994.
[69] Ibid., sentencia C-012 de 2002.

Por ello, más allá de los roles procesales, jueces y fiscales, como operadores jurídicos disciplinarios, son garantes de los derechos de las personas en el proceso, tal como además lo demandan los artículos 1, 2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Y si así son las cosas, existiendo un perentorio deber de los funcionarios judiciales de "atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal" (artículo 138 numeral 5o de la Ley 906 de 2004), lo debido es aquello que se compadece y está de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y convencional, esto es, lo que se resuelve de conformidad con los artículos 1, 2, 4, 5, 26, 85, 86, 93, 94, 228, 229 y 230 de la Carta Política en armonía con los artículos 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por si fuera poco, le agrega el numeral 7o del artículo 138 de la Ley 906 de 2004 que jueces y fiscales que también tienen como deberes "los demás establecidos en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en el Código Disciplinario Único que resulten aplicables", lo que, por demás demuestra que todos estos deberes son exigibles a los jueces disciplinarios en sentido orgánico y en sentido material, como además se estableció en la sentencia T-350 de 2011 de la Corte Constitucional.

Jueces y fiscales no se pueden sustraer, como en el famoso caso de la juez de Cúcuta que se ha reseñado, de cumplir con sus deberes constitucionales-convencionales y legales, especialmente cuando deben: i) "decidir la controversia suscitada durante las audiencias para lo cual no podrá abstenerse so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas aplicables" (artículo 139 numeral 5o de la Ley 906 de 2002), pues para el efecto debe atender los precedentes judiciales de obligatorio cumplimiento, según las sentencias de la Corte Constitucional C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011, y, ii) "dejar constancia expresa de haber cumplido con las normas referentes a los derechos y garantías del imputado o acusado y de las víctimas" (artículo 139 numeral 6o ibidem), ante lo cual deben estar atentos los defensores para exigir se deje la constancia en todas y absolutamente todas las diligencias, pues de lo contrario se incurriría en omisión disciplinable por parte de los jueces y fiscales, pero además, en falsedad ideológica en documento público al certificar algo que no ha ocurrido si no se han respetado todos los derechos y garantías de los procesados y víctimas. Al efecto, deben los Procuradores Judiciales y personeros estar atentos, pues les corresponde velar por ello como deber constitucional, según los artículos 118 y 277 numeral 2o de la Carta Política, lo que reiteran los artículos 1, 2, 3, 5, 7 y 9 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

No pueden olvidar jueces y fiscales, como operadores jurídicos disciplinarios en general, que tienen como deber especial "asegurar la eficiencia y transparencia de la administración de justicia" (artículo 139 numeral 2o de la Ley 906 de 2002), lo cual ya es mandato de los artículos 2 y 229 de la Carta Política y 7 y 9 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

El principio de instrumentalidad de las formas así lo pone de presente, pues primero, de conformidad con los artículos 2, 228 y 229 constitucionales están los derechos, de manera que la interpretación de la ley procesal tiene que dirigirse y conducirse por dichos principios, tal como se ha demandado por los artículos 9 de la Ley 600 de 2000, 10 de la Ley 906 de 2004, 20 de la Ley 734 de 2002, 15, 48 y 49 de la Ley 1123 de 2007 y 11 de la Ley 1952 de 2019.

No en vano, pues, el Código General del Proceso que se aplica indistintamente a procesos judiciales y administrativos, penales y disciplinarios según su artículo 1, señala perentoriamente que "toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses" (artículo 2), por tanto el funcionario judicial al "interpretar la ley procesal ... deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias" (artículo 11).

No se trata de una legalidad ciega y cerrada, de hacer positivismo decimonónico como parece que todavía hoy cunde en los procesos judiciales, rindiendo culto a la ley por la ley, al rito por el rito, como si todavía imperara una filosofía jurídica positivista-legalista, ante lo cual hay que protestar y rebelarse, lo cual y ni siquiera en el proceso civil se admite, toda vez que la legalidad se encuentra matizada como se encuentra en el proceso penal por el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, por el principio de "legalidad", según el cual "Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina" (Resaltado fuera de texto) (artículo 7 del Código General del Proceso).

Nótese bien como la legalidad no es cerrada, hermética o ciega a la justicia material, pues se deberá tener en cuenta, como imperativo categórico y no hipotético, la equidad, puesto que los principios de interpretación remiten a "la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido" (artículos 11 y 12 del Código General del Proceso), debido proceso que debe ser entendido en términos formales y sobre todo materiales-sustanciales, según los artículos 2, 29 y 228 de la Carta Política y 6 de la Ley 734 de 2002 y 12 de la Ley 1952 de 2019.

Son deberes de los jueces, fiscales y operadores jurídicos disciplinarios indiscutibles, de aplicación inexorable e indefectible, no hacerlo equivale a omitir lo que dispone el ordenamiento jurídico, que no es otra cosa que aplicar el mismo, la ley y "la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho Sustancial y Procesal" (artículo 42 numeral 6º del Código General del Proceso).

La objeción de consciencia como derecho

constitucional fundamental estriba en que en "la sentencia T-388 de 2009[70] se consideró que esta fórmula pluralista se manifiesta en tres dimensiones ... [entre ellas la necesidad de tener en cuenta] los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferentes concepciones", esto es, resulta imposible soslayar por el juzgador las diferentes posturas que los individuos tengan respecto de los conceptos de justiciar y juridicidad, ante los cuales, por supuesto, tienen cabida según los deberes de los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971 recursos ordinarios y extraordinarios que, aun cuando parecieran ir en contra de la ley o de la jurisprudencia, el Defensor tiene que esbozar su forma de pensar y de analizar el objeto del litigio, sin cortapisas y camisas de fuerza que quieran imponer los jueces, fiscales u operadores jurídicos disciplinarios en general, de tal manera que un tal comportamiento decídalo la instancia que sea, por muy alta que se erija, no es más que un ejercicio del llamado Control de Convencionalidad difuso y no es constitutivo de falta disciplinaria, toda vez, que el concepto de lo injusto es muy diferente al concepto de lo contrario a la legalidad, para los efectos de la falta disciplinaria de promoción de un proceso o juicio injusto (artículo 33 numeral 2º de la Ley 1123 de 2007).

Ahora, si ello no surte efecto, la protesta y rebelión jurídica es un llamado a utilizar la tutela como instrumento de Control de Convencionalidad y, eventualmente, de ser viable el acudir a los tribunales internacionales de Justicia del Sistema Universal y/o del Sistema Interamericano.

Unos y otros, frente al anquilosamiento y petrificación del concepto de lo justo y de ordenamiento jurídico en el positivismo decimonónico o legalista, comportan un acto de protesta y rebeldía contra la justicia formal, en aras de la obtención de justicia material, que se complementa además con la acción extraordinaria del recurso de interpretación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la misma, cuando de procesos disciplinarios de naturaleza administrativa se trata.

[70] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

REFERENCIAS

Bachof Otto. *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.

Bustos Romero Michel Federico. *El soft law* como fuente del derecho administrativo colombiano. En https://www.redalyc.org/journal/876/87663301008/, consultado julio 6 de 2023.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria: necesidad, semejanzas y diferencias*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *Neuroderecho penal y disciplinario. Conducta humana, consciencia de la ilicitud y reproche jurídico-social*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Gutiérrez De Piñeres-Botero Carolina. *Neurociencia y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Kundera Milan. *Un occidente secuestrado*, MAYKA LAHOZ (Trad.). Barcelona, Tusquest Editores, 2022.

Nanclares Arango Andrés. *Los Jueces de Mármol. Ensayos sobre la función judicial*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

Sarmiento Ramírez-Escudero Daniel. *El soft law administrativo – Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid, Thomsom-Civitas.



DECIMONOVENO ESTUDIO

Los presupuestos procesales para llegar a la sentencia justa

INTRODUCCIÓN

Cuando se diserta sobre la prueba necesaria para culminar el proceso disciplinario se hace referencia a lo que puede y debe ser una de dos alternativas: sentencia condenatoria o sentencia absolutoria. Una tercera posibilidad, muy recurrente en otra época, especialmente en los procesos civiles, hoy imposible que se reedite a la luz del Código General del Proceso, era la llamada *sentencia inhibitoria*; esto es, decisiones que eran un remedo de sentencias porque las mismas no contenían ninguna decisión sobre los extremos de la litis planteada por los contendientes en el proceso judicial, además de que, al no definir nada no hacían tránsito a cosa juzgada y la litis pendiente lo era de manera indefinida, solo solucionable el conflicto por la vía de la declaratoria de prescripción de la acción, salvo que se iniciara nuevamente el proceso y se dictara una sentencia de mérito.

Las sentencias inhibitorias están prohibidas de tajo por el Código General del Proceso, toda vez que resultan contrarias a los artículos 2 y 228 constitucionales, en cuanto niegan *prima facie* el derecho fundamental de acceso a la justicia -artículo 229 ibidem-, puesto que las mismas no deciden nada.

La Justicia tiene que decidir, ya sea la orgánica o formalmente concebida, dentro de la cual por supuesto se encuentra la jurisdicción disciplinaria y las otras formas de justicia disciplinaria jurisdiccional como el proceso disciplinario contra el procurador General de la Nación, el *impeachment* disciplinario y la Pérdida de Investidura, como la justicia disciplinaria en sentido material según las sentencias C-014 de 2004 y SU-901 de 2005, muy especialmente la T-350 de 2011, donde se afirmó que en los procesos disciplinarios administrativos *-Procuraduría General de la Nación, Personerías distritales y municipales y Órganos de Control Externo-* se deben aplicar los principios de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la cual dice de manera perentoria, como mandato infundido en imperativo categórico en su artículo 1, que:

> **Administración de justicia**. *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 (Resaltado fuera de texto).*

Hacer efectivo significa decidir, en favor o en contra de demandantes o demandados o en favor o en contra de los procesados, pero de todas maneras se requiere una decisión. Y allí radica, el necesario e indefectible acceso a la justicia, mismo que solo se garantiza con una decisión que otorgue, niegue

o rechace un derecho, obligación, garantía o libertad de que da cuenta la anterior norma, misma que se remacha en exigencias cuando el artículo 2 constitucional dispone que el cumplimiento de los fines del Estado tiene que efectivizarse, por lo que, no existe manera alguna, que cuando se enseña que el acceso a la justicia es un principio constitucional y refrendado por el artículo 2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el mismo tiene que ser-ser, en definitiva, efectivo:

> **Acceso a la justicia.** *El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público (Resaltado fuera de texto).*

Si la administración de justicia, según el artículo 7 de la Ley 270 de 1996, que da cuenta del "*principio de eficiencia*", dice que "*la administración de justicia debe ser eficiente*", tal eficiencia se predica de su tarea de discernir sobre derechos, deberes y obligaciones en los términos de los artículos 1 y 2 ibidem, puesto que así lo refrenda su artículo 9:

> **Respeto de los derechos**. *Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso (Resaltado fuera de texto).*

Así lo demanda también el artículo 2 del Código General del Proceso, según el cual "toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses", tarea indiscutible del juez, por lo que debe decidir y decidir en derecho, pues así lo establece de manera absolutamente elocuente y categórica su artículo 11, al disponer sobre el criterio rector de interpretación de la ley que "al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales", lo que ratifica el artículo 12.

Como si fuera poco, debe atenerse a lo sustancial, pues el artículo 12 ibidem demanda clara y perentoriamente que "el juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias", razón por la cual, tiene como deber el juez el de "dirigir el proceso, velar por su rápida solución", siempre y sin excepción "decidir el fondo del asunto" (artículo 42 numerales 1º y 5º ibidem). Toda sentencia, sin excepción, "deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda", reza el inciso 2º del artículo 280 del mismo Código General del Proceso.

De allí que la Corte Constitucional, en sentencia C-666 de 1996, que declaró exequible la posibilidad de proferir sentencias inhibitorias solo en casos absolutamente excepcionales -artículo 333 numeral 4º del

Código de Procedimiento Civil[71]-, haya establecido:

> *En lo relativo a providencias judiciales, se denominan inhibitorias aquellas en cuya virtud, por diversas causas, el juez pone fin a una etapa del proceso, pero en realidad se abstiene de penetrar en la materia del asunto que se le plantea, dejando de adoptar resolución de mérito, esto es, "resolviendo" apenas formalmente, de lo cual resulta que el problema que ante él ha sido llevado queda en el mismo estado inicial. La indefinición subsiste.*
>
> ...
>
> *La inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella.*

Igualmente, por sentencia T-031 de 2018, la Corte Constitucional precisó que las sentencias inhibitorias son una denegación de justicia.

El juez tiene que decidir, pero tiene que decidir bien, conforme los principios demandados por los artículos 2, 29, 85, 93, 228 y 229 de la Carta Política, 1, 2, 3, 7 y 9 de la Ley 270 de 1996 y los referidos del Código General del Proceso.

En consecuencia, el debido proceso debe entenderse en términos sustanciales y no meramente formales como formas propias del juicio, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional y lo veremos en el desarrollo del presente trabajo, lo cual ha sido puesto de presente por la doctrina colombiana en cabeza de Londoño Ayala, quien muy amplia y convincentemente reconstruye la historia de ambas instituciones, para concluir que los referentes del debido proceso anglo-americano tienen y potencian la materialidad de la garantía, versus su mayor formalización por el continental europeo que hizo del mismo un "mero instrumento, forma, órgano, estamento, anexo u objetivo del derecho material", aplicadas "como simples disposiciones de un todo o nada" en cuanto textos legales, en tanto "esquema estático de concreción de la norma legal" y, en la práctica, como una "visión del proceso formularia, ritual, anexa, adjetiva y formalista" que la Carta Política cambió por la noción de "proceso justo", para "sustantivarlo y llevarlo a la máxima categoría constitucional, abandonándose, la ideología de un simple proceso con purismo formal"[72].

---

[71] "Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias: (...) que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio".

[72] César Augusto Londoño Ayala. Derecho Procesal Penal. Persona humana, debido proceso, seguridad jurídica, democracia (apuntaciones históricas). Bogotá, ediciones Nueva Jurídica, 2022, pp. 387 a 395.

Particularmente se resalta, por ejemplo, la forma de llegar a la verdad "formalistamente entendida", invirtiendo la carga de la prueba en contra del procesado con fundamento en banalidades como el entendimiento de un proceso procesal de partes, cuando es claro que, la carga le corresponde al Estado y jamás puede invertirse con argumentos sofísticos como el de "la carga dinámica de la prueba", especialmente cuando de alegan eximentes de responsabilidad y atenuantes de punibilidad, misma que conllevan a mantener dicha carga en hombros del Estado y en favor del procesado, de tal manera que si alguna duda subsiste en torno a su efectiva presencia, ello debe capitalizarse como in dubio pro reo, con una fina lectura en clave constitucional y de derechos humanos, poniendo por delante siempre los estándares internacionales en cuanto resulten con mayores niveles de garantía, lo que muy bien suele denominarse el "derecho al mejor derecho" como lo afirma el gran jurista Maximiliano Rusconi[73].

Pues bien, si así son las cosas, es claro que, para llegar a pronunciarse una sentencia por un juez de la República, especialmente en materias penales y disciplinarias, existen unos presupuestos jurídicos de naturaleza formal y sustancial, como a continuación se desarrollará.

[73] Cfr. Maximiliano Rusconi. El sistema penal desde las garantías constitucionales, Buenos Aires, Hammurabi, 2023, pp. 53 y ss, y 217 a 235.

Capítulo 1
Requisitos formales y sustanciales para proferir sentencia condenatoria en el proceso disciplinario

El derecho procesal acuerda, sin divergencias fundamentales, casi podría hablarse de que en ello hay consenso, que solo es válido proferir sentencia condenatoria en un proceso penal libre de irregularidades transcendentales, toda vez que "un defecto de tal gravedad y notoriedad que considerando los intereses de seguridad jurídica y paz jurídica simplemente sería insoportable desde el punto de vista de la justicia que una sentencia así formada sea reconocida y dejada vigente como fallo judicial obligatorio, dotado de autoridad estatal, logrado en un proceso conforme con las formas jurídicas"[74], han señalado los tribunales alemanes en el marco del Derecho Constitucional actual.

> *i) Para proferir una sentencia condenatoria en un proceso disciplinario es necesario que se presenten requisitos formales y requisitos sustanciales, a saber: 1. Son necesarios los siguientes requisitos formales de procedimiento*

Que se haya tramitado, en todas sus etapas, el respectivo proceso disciplinario y todas las etapas cursadas, por virtud del principio de los compartimentos o las eventualidades, hayan sido surtidas de forma válida desde el punto de vista de la estructura sustancial del procedimiento, lo que implica de manera indefectible e inexorable que se haya cumplido con el debido proceso y las formas propias del juicio de que dan cuenta los artículos 29 de la Carta Política y 12 de la Ley 1952 de 2019.

> *i) Los requisitos estructurales del debido proceso, conectados por las formas propias del juicio, implican el agotamiento de cada una de las etapas procesales i) indagación preliminar, la cual, por supuesto de conformidad con la estructura procesal no resulta obligatoria, resulta contingente en la medida en que tiene como finalidad la individualización e identificación del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sin embargo, si se da curso a tal etapa procesal, al igual que cuando tiene ocurrencia la investigación formal, debe notificarse personalmente de ello al procesado o en su defecto por edicto cuando al menos se encuentre individualizado, cuya ausencia por dicho acto procesal conllevaría a nulidad de la actuación, toda vez que la indagación preliminar marca una etapa crucial de un acto investigati-*

[74] Klaus Volk, Kai Ambos & Carlos Castro Cuenca. Derecho procesal penal alemán y colombiano, Sem Sandoval Reyes, Rodolfo González Espinosa & Gustavo Urquizo Videla (Trads.), Bogotá, Asociación de Göttingen, Editorial Temis, Edpal, 2023, p. 316.

vo a cargo del Estado y en contra de una persona, dejar al garete el enteramiento de ello al procesado es tanto como investigar a sus espaldas, lo cual está prohibido por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La nueva legislación no contempla la notificación del auto de apertura de indagación preliminar, ni personalmente ni por otra notificación ficta, pues dentro de los autos de impulso procesal notificables no se menciona y no siendo interlocutorio no es notificable (artículos 121, 123 y 127 del Código General Disciplinario -CGD-), por lo que, en principio la omisión de notificación no acarrearía nulidad, solo la de falta de notificación de la apertura de formal investigación[75].

Muy seguramente los redactores tuvieron en cuenta que ello era así dadas las finalidades de tal etapa procesal, puesto que se busca con ella la identificación o identidad del procesado (artículo 208 CGD), empero, es evidente que la formulación del requisito esencial identificación o individualización puede prestarse para un fraude de etiquetas, pues son dos fenómenos diferentes, el primero referido a la filiación oficial del sujeto y el otro a sus características físicas personales, de manera que se puede activar una investigación de espaldas a una persona con estas últimas mientras se averigua sus datos civiles y vínculo estatal, lo cual generaría nulidad de las pruebas decretadas y practicadas en su contra por violación al debido proceso.

Aquí se van a presentar muchos problemas de tal tipo, pues va a constituirse en una oportunidad para practicar pruebas sin integrarse en debido forma el contradictorio, generando violación al debido proceso en los términos del inciso final del artículo 29 de la Carta Política, toda vez que la "duda" ya autoriza la indagación preliminar, no obstante que obviamente ello solo podría predicarse de la identidad, más no de la individualización, con lo que ello sería suficiente para activar una etapa incierta, contingente y cuya perfilación ha quedado en manos de la voluntad libérrima de los investigadores.

Mucho cuidado requiere el punto, aquí, como en ningún otro se necesita la modulación de la actividad procesal vía artículo 27 de la Ley 906 de 2004, por integración analógica *in bonam parten* como se postula más adelante, pues será fuente de tropelías y excesos en el comportamiento inquisitivo de los funcionarios disciplinarios, a lo cual debe ponerse contención.

Es muy importante, al efecto, la regla jurídica procesal del inciso 3º del artículo 208 del CGD que permitiría ponderar las necesidades de investigación con las garantías de defensa y contradicción del procesado, pero el límite entre una plena identificación e identidad y la duda ofrece mucha contingencia y discrecionalidad, de manera que una interpretación acorde con el principio de interpretación pro homine o pro *libértate* y además in dubio pro reo, conlleva a una

[75] Así la Comisión Nacional de Disciplina Judicial según sentencia de segunda instancia de febrero 8 de 2023, M.P. Diana Vélez Vásquez, radicación N.º 70001-11-02-000-2018-000190-01.

interpretación restrictiva de dicha facultad, pues aquí ya aflora que el proceso en preliminares puede seguir si ya existe individualización pero no identificación, último esto que marca la terminación de la fase, pero mientras esté individualizado se están practicando pruebas en su contra sin su intervención contradictoria, lo que es una lesión al debido proceso leal de que más adelante se hablará. Por ello, estimamos que, si ya se ha determinado la individualización, aunque pendiente la identificación, debe proceder inmediatamente a notificarse al sujeto desde la apertura misma de indagación preliminar o del momento en que surja dicha condición, sin esperar a la identificación plena asociada a pruebas formales como certificados, constancias, actos de nombramiento, posesión, cargos, etcétera.

De allí que, la fórmula de la Ley 734 de 2002 era más adecuada al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, pues quedaba la obligación de notificar la indagación preliminar a quien al menos se encontraba individualizado, pues nadie desconoce que mientras se allegan las pruebas formales de la acreditación de la identidad pueden transcurrir muchos días y semanas, incluso meses, amén de que maniobras de fraude a la ley son muy propicias, transcurriendo tiempo valioso para practicar pruebas a espaldas del procesado y la defensa.

Muy claramente se establecía en la Ley 734 de 2002, vigente para muchos procesos en la actualidad, que la indagación preliminar debía ser notificada personalmente y en su defecto por edicto (artículos 101 y 107). No hacerlo, sin hesitación alguna, comportaba y comporta, en los procesos en trámite bajo su aplicación, nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa por imposibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

Recuérdese que tales artículos fueron producto de exigencias de la jurisprudencia constitucional que estableció, sin que existiera norma que lo indicara, la necesidad de notificar personalmente los autos de apertura de indagación preliminar e investigación formal, como se aprecia en sentencia C-892 de 1999 de la Corte Constitucional, pues ya también, en sentencia T-684 de 1998, refrendada en la C-1076 de 2002, había establecido que "sin lugar a dudas, la notificación personal constituye el instrumento procesal más idóneo y adecuado para garantizar el derecho de defensa".

Nunca debe olvidarse el funcionario disciplinario de lo establecido en la sentencia C-892 de 1999:

> *Artículos 84 y 85 de la Ley 200 de 1995.*
>
> *Acusa el actor los artículos 84 y 85 de la Ley 200 de 1995, el primero de ellos, por cuanto, a su juicio, dispone que no existe el deber de notificar sino las providencias expresamente allí mencionadas, a saber: "el auto de cargos, el que niega la práctica de pruebas el que niega el recurso de apelación y los fallos"; el segundo de los artículos mencionados, es decir el artículo 85 ejusdem, por cuanto, establece que las providencias ya aludidas deben notificarse personalmente "si el interesado comparece ante el funcionario competente antes de que se sur-*

ta otro tipo de notificación". De esta manera, según lo expresa el demandante, quedan algunas providencias de gran trascendencia exentas de la notificación, resultando ser secretas o comunicadas informalmente, con lo cual, el investigado carece de oportunidad para tener un conocimiento adecuado de ellas, restringiendo su derecho a controvertirlas y, en consecuencia, se priva al investigado del derecho a ejercer a plenitud su defensa y, por ello, se quebranta el artículo 29 de la Constitución.

Las notificaciones judiciales y administrativas, constituyen un acto material de comunicación, a través de las cuales se pone en conocimiento de las partes o de terceros interesados las decisiones que se profieran dentro de un proceso o trámite judicial o administrativo, de manera que se puedan garantizar los principios de publicidad y contradicción y, sobre todo, cumplen la función de prevenir que se pueda afectar a alguna persona con una decisión sin haber sido oída, con violación del principio constitucional al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución, establece que "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

De manera pues, que para el adecuado y razonable ejercicio de la función disciplinaria, al Estado, no solo le compete asegurar el cumplimiento de los fines y funciones para garantizar la buena marcha de la gestión pública, sino que, además, cuando los servidores públicos incurran en faltas que afectan el buen servicio y que hayan sido tipificadas como tales por la ley, le corresponde la imposición de las sanciones disciplinarias a que haya lugar, respetando y garantizando los derechos fundamentales de los investigados.

Como quiera que indiscutiblemente, con el proceso disciplinario se afectan derechos de los sujetos que se investigan, no solamente porque se concluya en la imposición de una sanción determinada, sino por el solo hecho de encontrarse vinculado a un proceso, esto obliga al Estado a establecer unos límites, que se traducen en la protección de los derechos del disciplinado, entre los cuales se encuentran, entre otros, en las posibilidades de ejercer su derecho de defensa. Ello requiere la existencia de procedimientos adecuados de publicidad del proceso, desde su inicio y durante la duración del mismo, para hacer efectivo el principio de contradicción, una de cuyas manifestaciones más enérgicas la constituye el derecho a impugnar las providencias, ya sea al discutir su validez a través del instituto de las nulidades, ora discutiendo la eficacia de aquellas, para lo cual se consagran por el legislador los recursos contra ellas.

Ahora bien, en virtud de ese principio de publicidad, el artículo 79-1 del Código Disciplinario Único, preceptúa que "Las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que las normas vigentes establecen..." y, a su vez, el artículo 84 ejusdem, limita las providencias susceptibles de notificación, a las que taxativamente señala, esto es, "el auto de cargos, el que niega la práctica de pruebas, el que niega el recurso de apelación y los fallos".

Si bien es cierto, el Código Disciplinario Único, contempla diversos mecanismos a través de los cuales el investigado puede conocer las decisiones que se tomen durante el proceso, a juicio de la Corte Constitucional, esos "mecanismos" no ofrecen, en todos los casos, efectivas posibilidades de garantizar, en forma oportuna la publicidad del proceso. Esto por cuanto, en relación con las "comunicaciones" y "publicaciones", a que se refiere el artículo 79-1 de la Ley 200 de 1995, no establecen la forma precisa en que deban realizarse dichas comunicaciones y publicaciones, para que puedan ser conocidas y controvertidas durante el proceso, por parte del servidor público investigado, ni tampoco regulan cuándo ha de producirse esa comunicación, ni se indica a partir de qué fecha se entiende surtida esa comunicación al investigado para, en tal caso, tener certeza sobre el término a su disposición para impugnar el acto procesal de que se trate.

Entonces, tenemos, que solamente las notificaciones cumplen el propósito de dar a conocer en forma efectiva las providencias que se dicten, por lo que, el hecho de limitar dicha forma de comunicación a determinados actos procesales, priva del principio de contradicción y por ende, del derecho constitucional de defensa, otros actos procesales que pueden ser proferidos durante el trámite del proceso disciplinario y, que por la naturaleza misma de la decisión que contienen deben ser conocidas por el disciplinado, para poderlos controvertir. Así ocurre, entre otros, con los autos que señalan fechas para la práctica de pruebas, los que decretan una nulidad, los que disponen sobre la acumulación de procesos disciplinarios y, en general, con otras providencias interlocutorias diferentes a las citadas en la norma demandada.

Siendo ello así, fluye como obligada conclusión de lo expuesto, que la expresión "Solo" contenida en el artículo 84 de la Ley 200 de 1995, en cuanto mediante ella se priva de notificación al interesado de providencias distintas de las allí mencionadas, es claramente inconstitucional, en cuanto cercena en forma grave el principio de la publicidad de los actos procesales que se dicten en el proceso disciplinario, con afectación consecuencial del derecho a impugnarlos.

Por otra parte, al tenor del artículo 85 del Código Disciplinario Único, la notificación personal procede "...si el interesado comparece ante el funcionario competente antes de que se surta otro

tipo de notificación".

Como se señaló, en aras de preservar la garantía constitucional que consagra el artículo 29 Superior, se establece la necesidad indiscutible de notificar a las partes, con el objeto de que conozcan la existencia de una providencia que las afecta, para ejercer las facultades propias del debido proceso.

Existen pues, varias formas de notificación dentro del proceso disciplinario, según lo dispone el artículo 83 del Código Disciplinario Único, a saber: personal, por estrado, por edicto o por conducta concluyente.

La notificación personal que contempla el artículo 85 demandado, es la que, de manera más efectiva, salvaguarda los derechos de defensa del disciplinado, por cuanto garantiza un mayor conocimiento y convocatoria directa al proceso. Es pues, la notificación personal, la notificación por excelencia, constituyendo las demás, formas subsidiarias de notificación. La norma demandada prevé la notificación personal del auto de cargos, del auto que niega las pruebas, del que niega el recurso de apelación y de los fallos "si el interesado comparece ante el funcionario competente antes de que se surta otro tipo de notificación". Es decir, establece para el servidor público sometido al proceso disciplinario la carga de comparecer ante su investigador "antes de que se surta" notificación distinta a la personal como requisito para que esta última se realice. Ello significa, entonces, que la notificación personal deviene en subsidiaria, con graves repercusiones para el ejercicio, a plenitud, del derecho de defensa. Por ello, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión aludida, lo que no implica, como es obvio, que, ante la imposibilidad de llevar a cabo la notificación personal, se le dé aplicación al artículo 87 de la Ley 200 de 1995, norma en la que se estableció por el legislador, para evitar la parálisis indebida del proceso disciplinario, que las providencias allí mencionadas "se notificarán por edicto cuando a pesar de las diligencias pertinentes de las cuales se dejará constancia secretarial en el expediente, no se hayan podido notificar personalmente".

Como se ve, se garantiza de todas maneras la notificación de esos actos procesales, otorgando la posibilidad, de ser conocidos por el investigado y, en consecuencia, la oportunidad de controvertirlos, con lo cual se garantiza el efectivo ejercicio del derecho al debido proceso que consagra el artículo 29 de la Carta Política.

Sería verdaderamente absurdo que, en el ámbito del Derecho Administrativo en general se asegura que toda autoridad en "las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad" (artículo 3 del Código de Procedimientos Administrativos y Contencio-

so Administrativo), que implican lealtad procesal y ello no se exigiera en los procesos disciplinarios, olvidando que las leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019 establecen que las normas del Código Contencioso Administrativo se aplican al proceso disciplinario en cuanto no contravengan su naturaleza (artículos 94 y 114, respectivamente).

La doctrina, por ejemplo, el prestigioso Picó I Junoy, refieren que la buena fe tiene carácter de *ius cogens* y por tanto obliga al juez a proceder de oficio, con consecuencias para los actos procesales realizados con su influencia[76].

ii) investigación formal de obligatorio agotamiento, la cual comienza con el auto de apertura de investigación cuyas finalidades son a) el establecimiento de los presupuestos fácticos de la falta disciplinaria; b) si la conducta es constitutiva de tal; c) quien o quienes son los determinadores y autores de la misma; d) si la infracción disciplinaria y respecto de cada uno de los imputados, es posible predicar su responsabilidad a título de conducta antijurídica, imputable y culpable; y, e) si se han establecido las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló la conducta punible que permitan la calificación de la falta como leve, grave o gravísima. En el auto de apertura formal de la investigación o en otro posterior, de todos modos, que anteceda al cierre de la investigación, debe haberse producido la vinculación formal del procesado y/o se haya escuchado en versión libre ya sea verbalmente o por escrito. Agotado el término de investigación o cumplida esta con sus finalidades, exista prueba necesaria para cerrar la investigación, se haya notificado en legal forma tal acto procesal, se notifique en legal forma y se halle ejecutoriado, bien sea porque no se interponga recurso de reposición o interpuesto se haya resuelto negativamente, hayan transcurrido los términos para alegar y se profiera el auto formulando pliego de cargos (artículos 211, 212, 213, 215, 220, 221, 223 y 225 del CGD);

iii) Se haya ejecutoriado el pliego de cargo, pase el proceso al funcionario del juzgamiento, este fije en debida forma el procedimiento a seguir, se tramite el juicio con la práctica de pruebas, agotado lo anterior se disponga el cierre de la etapa probatoria y se ordene el traslado para alegar de conclusión, se haya notificado en legal forma tal acto procesal, se notifique en legal forma y se halle ejecutoriado, bien sea porque, no se interponga recurso de reposición o interpuesto se haya resuelto negativamente, hayan transcurrido los términos para alegar y se ponga el proceso en estado de dictar sentencia (artículos 225, 225A, 225B, 225C, 225D, 225E, 225F, 225G, 225H, 226, 227, 228, 229 y 230 del CGD).

Lo anterior es asunto de primordial consideración, sin ello no se puede dictar sentencia condenatoria, pues cualquier falla en la tramitación del proceso, si obedece a vicios de estructura[77], por sí solo sin examen de transcendencia hará que la actividad pro-

[76] Joan Pico I Junoy. La buena fe procesal, Bogotá, Depalma, Universidad Javeriana. Ibáñez, 2011, pp. 97 y 117.

[77] Sobre los vicios de estructura y de garantía en materia de nulidades, su desarrollo jurisprudencial en Carlos Arturo Gómez Pavajeau. "Aspectos relevantes de las nulidades"

cesal sea nula por "la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso" (artículo 202, parte final, de la Ley 1952 de 2019).

También genera este tipo de nulidad, por violación al debido proceso, pero de manera específica, la causal que da cuenta que "la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo" (artículo 202, parte inicial, de la Ley 1952 de 2019).

Pretéritamente norma similar de la Ley 200 de 1995 fue interpretada por la Corte Constitucional como que lo único afectado era el fallo o sentencia, pues existía una competencia única en la Procuraduría General de la Nación para instruir los procesos disciplinarios, además de un funcionario único sin diferenciación de roles, asunto que hoy no puede ser sostenido válidamente frente a lo establecido en los artículos 2 y 12 de la Ley 1952 de 2019, toda vez que la misma ha especializado las funciones de investigación y acusación por un lado, y por otro las de juzgamiento y sanción en funcionarios diferentes, incluso haciendo la competencia dependiente de si se trata de servidores públicos aforados por su calidad de elegidos popularmente o no, toda vez que, "las finalidades del proceso son la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en el intervienen" (Resaltado fuera de texto) (artículos 11 ibidem).

La prevalencia de la justicia a que se refiere el artículo 11 da cuenta de la imposición del debido proceso sustancial sobre el material, mismos que vienen exigidos por el artículo 12 del CGD, al disponer que "el disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, quienes deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal" (Resaltado fuera de texto).

Por supuesto, ello está anclado constitucionalmente en el Preámbulo y artículo 2 constitucionales, al señalar que la finalidad del orden jurídico es el establecimiento de un orden justo, que materialice la justicia social que no es otra que la sustancial o material, como lo refrenda el inciso 1º del artículo 29 que preside como debido proceso sustancial y el artículo 228 al hacer prevalecer, en la actuación de los jueces, lo sustancial sobre lo adjetivo o formal, única forma de entender el acceso efectivo a la Administración de Justicia como se entiende el 229 en contacto con el principio fundamental del estado según el cual:

> *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender*

en La lucha por los Derechos en el Derecho Disciplinario. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 527 y ss.

la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Así lo acreditan, de manera contundente, los artículos 1, 2, 3, 5 y 9 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Por virtud de los desarrollos de la analogía constitucional, la Corte Constitucional ha establecido en sentencia T-350 de 2011, que los principios constitucionales y los contenidos en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, resulta aplicables a los procesos disciplinarios administrativos, por supuesto también a los disciplinarios judiciales, pues ya de antemano había afirmado que el Derecho Disciplinario comporta un ejercicio de Administración de Justicia en sentido material.

Ello es consecuencia, necesaria e ineludible, de la extensión del principio de jurisdiccionalidad a los procesos disciplinarios y de los derechos y garantías constitucionales a las personas sometidas a tales tipos de procesos sancionatorios, lo que resulta verdad de Perogrullo, o más bien corrección de tal carácter, pues la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia hace parte del Bloque de Constitucionalidad.

Por ello, a medida en que se avanza el proceso, el juez tiene la obligación de constatar que en cada etapa o compartimento, por virtud del principio de las eventualidades, se ha cumplido con el debido proceso en términos sustanciales y formales, tal como se deriva de una aplicación integrativa ordenada por el artículo 1 del Código General del Proceso, toda vez que su artículo 42 numeral 12 establece, como deber del juez, "realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso", estableciéndose como presupuesto procesal para proferir la decisión que a continuación del agotamiento de una etapa procesal corresponda, la acreditación y verificación de que no campea en el trámite una nulidad de la actuación, toda vez que es un principio constitucional y de la teoría general del proceso el que "el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código" (artículo 14 ibidem), por lo que le corresponde al funcionario judicial, según el artículo 132 ibidem:

Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.

Solo así, es claro, se cumplirá con los deberes ineludible de los jueces al interpretar la ley procesal:

Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es

la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias (Resaltado fuera de texto).

Artículo 12. Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial (Resaltado fuera de texto).

No podría ser menos, aquí nos encontramos ante mandatos perentorios como aquel del artículo 2 del Código General del Proceso, aplicable, ya lo dijimos, a los procesos disciplinarios según lo dispuesto en su artículo 1, puesto que "toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso..."

También son formales, aun cuando no generan vicios de estructura sino de garantías[78], los relacionados con las pruebas y el derecho de defensa en general, tanto técnica como material, pues si se desconocen dan pábulo para la causal de nulidad consignada en el artículo 202 de la Ley 1952 de 2019, según la cual tal vicio se presenta cuando existe "la violación del derecho de defensa del investigado".

Aquí, frente a la causal referida, sí opera el principio de trascendencia de tal manera que previo a la decisión de decretar nulidad se requiere demostrar que se encuentran presentes los requisitos que gobiernan la declaratoria de nulidad de la actuación[79], tal como lo establece el artículo 203 de la Ley 1952 de 2019:

Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación.

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.

2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado

[78] Cfr. Gómez Pavajeau, Aspectos relevantes de las nulidades, ob. cit., pp. 527 y ss.

[79] Sobre los principios ampliamente en Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Derecho Procesal Disciplinario Judicial. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa -Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2015, 191 y ss.

con su conducta a la ejecución del acto irregular.

4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5. Solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

En cualquiera de los tres eventos de nulidad precisados, no podrá dictarse sentencia condenatoria hasta que no sean restituidos de manera cabal y completa los derechos y garantías conculcados.

Sobre ello ha dicho la jurisdicción disciplinaria[80]:

...son nueve los principios que rigen las nulidades en el régimen disciplinario de los abogados, los cuales son:

1. Principio de instrumentalidad de las formas o de la finalidad cumplida, según el cual las ritualidades están destinadas a que se satisfagan las etapas del proceso; es decir, a satisfacer determinadas finalidades propias del proceso por lo que, si, a pesar del defecto, la finalidad del proceso se cumple, no hay porqué declarar la nulidad.

2. El principio de trascendencia, que se refiere al hecho que la nulidad no puede invocarse solo en defensa de la ley, sino que es indispensable evidenciar que la irregularidad es sustancial porque afecta garantías fundamentales de los sujetos procesales. Es decir, se tiene que mostrar el perjuicio real que ocasiona la actuación irregular, el cual se traduce en una afectación sustancial de garantías fundamentales.

3. El principio de protección o «nemo auditur turpitudinem suam allegans» hace alusión a que no puede invocar la nulidad el interviniente que haya contribuido con su conducta a la configuración del acto irregular. En otras palabras, quien alegue la nulidad no la pudo haber causado, pues quien ha sido la causa del acto irregular no puede plantear la invalidez de un acto procesal. Se plantea una excepción a este principio, y es la falta de defensa técnica, en la medida en que la negligencia del abogado defensor del investigado no pude perjudicarlo.

4. Principio de convalidación, según el cual los actos irregulares si son aceptados por el afectado no puede después alegar la nulidad, pues dicha aceptación convalida el acto irregular. Es decir, la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. Esta causal atiende al principio de preclusividad de las formas propias del proceso, pues la nulidad tiene que plantearse en el momento procesal oportuno para no ser convalidada por la parte que la alega.

5. Principio de residualidad o medida extrema, que alude al hecho que la nulidad solo debe solicitarse y/o decla-

[80] Comisión Nacional de Disciplina Judicial, auto de segunda instancia de mayo 17 de 2023, M.P. Julio Sampedro Arrubla, radicación N.º 730012502000201900999 01.

rarse cuando no haya otro mecanismo procesal que permita subsanar o arreglar la irregularidad que se presentó. Es decir, solo se puede plantear en aquellos eventos en que el vicio únicamente se puede corregir con la repetición del acto procesal.

6. Principio de taxatividad o especificidad, según el cual las causales de nulidad se deben encontrar taxativa o específicamente señaladas y descritas en el ordenamiento jurídico y no es posible su aplicación por analogía o por integración normativa. Este principio de las nulidades se desprende de la garantía de legalidad que contempla el derecho al debido proceso.

7. Principio de ejecutoria material, que, si bien no se encuentra contemplado en el artículo 101 del Código Disciplinario del Abogado, surge de la aplicación de los principios generales del derecho procesal y parte de la base de que el proceso, en general, es una estructura de pasos que se tienen que ir cumpliendo y cada uno de ellos son presupuesto de cumplimiento para el que sigue. Por ejemplo, no puede haber audiencia de pruebas y calificación provisional si previamente no se ha dado apertura del proceso disciplinario o no puede haber audiencia de juzgamiento si no se ha formulado cargos en contra del investigado. Así, cuando es tan grande la influencia de las decisiones sobre las actuaciones que siguen, se dice que estas tienen "ejecutoria material" y contra ellas solo procederá la declaratoria de nulidad en aquellos casos en que la naturaleza del vicio en que se incurrió es tan significativa que impone rehacer la actuación.

8. Principio de seguridad jurídica, según el cual mientras no exista pronunciamiento expreso sobre un acto nulo, las actuaciones procesales tienen plena validez jurídica al interior del proceso, pues la declaratoria de nulidad la debe pronunciar el juez mediante providencia judicial.

9. Principio de acreditación, previsto en el artículo 100 de la Ley 1123 de 2007 y que hace referencia al hecho de que quien alega la nulidad debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y derecho en que los apoya. Esto no se puede hacer de forma aislada, pues además de especificar la causal debe indicar las normas jurídicas que se ven vulneradas por el vicio del acto procesal que genera la nulidad.

Dicho esto, es claro entonces que la declaratoria de nulidad ostenta un carácter excepcional, siendo la última ratio a la cual se acude para subsanar alguna irregularidad sustancial, siempre y cuando no exista otro medio para subsanarla, ello en aras de que prevalezcan los principios fundamentales, deberes y derechos contenidos Constitución Política de 1991, como son el deber del Estado de garantizar el orden social justo, el derecho al acceso a la justicia y el derecho al debido proceso.

2. Son necesarios los siguientes requisitos formales de la prueba

Que las pruebas, según el artículo 147 de la Ley 1952 de 2019, sean "legalmente producidas y aportadas al proceso". Se complementa lo anterior, cuando se trate de pruebas trasladadas, con lo dispuesto en el artículo 154 ibidem, según el cual "las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa" tendrán validez en el proceso disciplinario.

La norma anterior es producto de un principio rector, concretamente del señalado en el artículo 21 ibidem, según el cual:

> *Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de los derechos y garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.*
>
> *Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.*
>
> *Se deben considerar, al respecto, las siguientes excepciones: la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.*

Esta disposición sin duda alguna, aun cuando su constitucionalidad ha sido patrocinada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional -sentencia SU-159 de 2002-, resulta contraria a la letra de la Carta Política colombiana, toda vez que no se establece en ella restricción o excepción alguna, toda vez que paladinamente dice que "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Y lo es no solo con respecto a la letra y a la gramática de la ley, sino también teleológicamente, puesto que lo excepcional no tiene cabida en un derecho constitucional fundamental específica y concretamente desarrollado intensiva y extensivamente, con autonomía y arraigo propio en la Carta Política, como para extender la jurisprudencia de otras latitudes a la nuestra, cuando en Estados Unidos de Norteamérica la cláusula de exclusión tiene origen en una solución de compromiso surgida a partir de la tensión entre derechos al debido proceso y los intereses públicos de la justicia penal, lo que es contrario a una regulación expresa y explícita en Colombia.

Pero lo más graves es que, además de las multiplicaciones o clonaciones que se presentan vía jurisprudencia, de jurisdicción en jurisdicción y de especialización en especialización en la Administración de Justicia en Colombia, donde cada corte y cada tribunal crea y se multiplica, vía citas de unos y otros, las causales de exclusión, ahora se añade otra por virtud de las "demás que establezca la ley".

Es necesario ejercer el control de convencionalidad, proponerlo por la defensa técnica y llevarlo a tutela y a su control concentrado en los Tribunales Internacionales de Justicia (artículos 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 85 y 93 de la Carta Política), toda vez que lo excepcional se ha convertido en la práctica en una norma general, de tal modo que ahora cualquier prueba ilegítima desde el punto

de vista constitucional resulta válida y lo excepcional es que se decrete su invalidez cuando, a través de dicha manipulación, el concepto de "pleno derecho" que es el equivalente a inexistencia[81], ha sido mutado en lo anulable[82], para poder disponer de la utilización efectiva y real de la prueba.

Es necesario, por tanto, que la prueba sea:

i) Existente, lo que equivale a legítima constitucionalmente, tal como se deprende del artículo 158 de la Ley 1952 de 2019: "Inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado se tendrá como inexistente".

La inexistencia, en la tradición francesa del derecho, la que dominó por mucho tiempo en nuestro medio y de donde viene la anterior fórmula, era el equivalente a la nulidad absoluta, referida a la nulidad constitucional por violación al debido proceso, pues tal como lo señala el inciso final del artículo 29 de la Carta Política, lo cual refrenda el artículo 14 del Código General del Proceso al disponer que "es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso", no estableciéndose excepción alguna, con lo que los derechos privados resultan protegidos con mayores estándares de garantía que los derechos y garantías constitucionales fundamentales.

Como mínimo, tal problemática, debería ser regulada en una Ley Estatutaria de los Derechos Fundamentales, a la luz del artículo 152 de la Carta Política, pues ahora, increíblemente, la Carta Política se está interpretando a partir de la ley, y no al contrario como lo señala el artículo 4 constitucional.

Proponemos que, la interpretación del artículo de la inexistencia se haga entendiendo por tal, como se estableció en el artículo 158 del Código General Disciplinario a partir de una interpretación *pro homine o pro libértate* de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el mismo no tiene las restricciones del artículo 22 arriba citado, amén de que además estaría en plena concordancia con el artículo 14 del Código General del Proceso, también norma rectora y de prevalente aplicación y directriz como criterio de interpretación, aplicable según su artículo 1, de tal manera que se estaría solucionando una contradicción de normas en un mismo código y en códigos diferentes a la luz de lo dispuesto en los principios constitucionales y la teoría general del proceso -artículos 11 y 12 ibidem- en forma compatible con la mejor interpretación constitucional, lo que manda como imperativo categórico el artículo 22 de la Ley 1952 de 2019 cuando establece que:

[81] Sobre la historia de la equivalencia entre inexistencia y nulidad de pleno derecho: Carlos Arturo Gómez Pavajeau. "Nuevamente sobre la ineficacia procesal. Inexistencia (especialmente de la prueba) y Nulidad" en La lucha por los Derechos en el Derecho Disciplinario. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 663 y ss.

[82] Se adoptó el sistema alemán, donde toda irregularidad, cualquiera que sea, conduce a la nulidad: Volk, Ambos & Castro Cuenca, Derecho procesal penal alemán y colombiano, ob. cit., p. 317.

> **Prevalencia de los principios rectores e integración normativa.** *En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta Ley además de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, general del Proceso Penal y de Procedimiento Penal en lo que no contravengan a la naturaleza del derecho disciplinario (Resaltado fuera de texto).*

Por supuesto, es innegable que la norma dice que prevalecen "los principios rectores contenidos ... en esta Ley" y, de manera certera que lo dispuesto en el artículo 22 es una norma rectora del Código General Disciplinario, no obstante, es claro que el Bloque de Constitucionalidad impera sobre este, pues no hay duda del sentido del inciso final del artículo 29 de la Carta Política y el artículo 93 de la misma señala que los tratados internacionales sobre derechos humanos "prevalecen en el orden interno".

Ahora, la prueba considerada como nula o anulable, no inexistente tendrá que enjuiciarse de conformidad con el debido proceso legal, aquel que no ha sido desarrollado específica y concretamente por la Carta Política, sino en términos generales a través de la ley, sometida sí a los principios de trascendencia y que gobiernan la declaratoria de las nulidades según el artículo 203 de la Ley 1952 de 2019, como arriba se vio.

Esto es, los vicios e irregularidades en la práctica de las pruebas generaran inexistencia cuando afecten los derechos constitucionales de manera específica y concreta señalados en la Carta Política, empero, cuando sea una agresión genérica al debido proceso desarrollado legalmente, la prueba no generará inexistencia sino nulidad, conforme lo ha establecido la Ley 1952 de 2019 para cada una de ellas y su práctica en las diferentes oportunidades legales para hacerlo, esto es, cuando se trate de los ritos o formas propias del juicio legalmente desarrollado en los términos del inciso 2º del artículo 29 constitucional, puesto que "las finalidades del proceso son la prevalencia de la justiciar ... y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en el intervienen" (artículo 11 ibidem).

Empero, no es lo más adecuado decretar la nulidad, sino proceder, en el momento de su valoración y mérito de credibilidad, negar su validez formal, de conformidad con el artículo 147 de la Ley 1952 de 2019, según el cual "el fallo disciplinario debe fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso".

3. Una condición negativa de validez de la prueba, consistente en que no se haya incurrido en un "exceso ritual manifiesto" en la omisión de su recaudación, como requisito sustancial-formal

i) Si el artículo 1 de la Carta Política señala que la dignidad humana es el fundamento del orden jurídico y el artículo 1 de la Ley 1952 de 2019 estipula que "quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad huma-

na", resulta resplandecientemente claro que la culpabilidad no puede presuponerse en el proceso judicial, la culpabilidad tiene que ser demostrada, no solo en lo que tiene que ver con su componente fáctico de la conducta, objetiva y subjetivamente circunstanciada con modo, tiempo y lugar, como el sentido de la imputación si lo es como autor o determinador de una conducta típica disciplinaria, sino también si lo es antijurídica, imputable y culpable, pues el artículo 29 al consagrar el principio de culpabilidad, lo hace a partir de todas las características del delito como lo establece el artículo 250 ibidem, garantías trasladables al proceso disciplinario según reconocida, pacífica y sólida jurisprudencia constitucional, al erigir con las mejores y más altos estándares de garantía la "presunción de inocencia".

Precisamente, tan alta garantía, condiciona la legalidad del tratamiento de la culpabilidad disciplinaria, por lo que se proscribe toda forma de responsabilidad objetiva según el artículo 10 de la Ley 1952 de 2019, de tal manera que otro principio rector -artículo 13- establece de manera contundente que:

> **Investigación integral.** *Las autoridades disciplinarias tienen la obligación de investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad.*

Por ello, indubitablemente, el artículo 14 del mismo código preceptúa de manera coherente:

> **Presunción de inocencia.** *El sujeto disciplinable se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación disciplinaria toda duda razonable se resolverá a favor del sujeto disciplinable.*

Por virtud de tan caros e imperativos categóricos mandatos, establece el artículo 147 ibidem que el acervo probatorio se conformará de pruebas aportadas por los intervinientes, pero también necesariamente por aquellas determinadas por la competencia oficial de la "forma oficiosa". No puede ser de otra forma si, como dice al final el artículo, "la carga de la prueba corresponden al Estado".

Y por supuesto, la prueba oficiosa tiende a todo lo referido a los presupuestos de la responsabilidad disciplinaria y la tasación de la sanción, alejándose nuestro sistema del europeo de distribución de la carga de la prueba, puesto que se complementa lo anterior con el artículo 148 ibidem:

> **Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba.** *El funcionario buscara la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio (Resaltado fuera de texto).*

La prueba de oficio, en consecuencia, es consustancial al debido proceso y cuando

ello favorece al procesado disciplinariamente en cuanto a su responsabilidad o en la obtención de una menor sanción disciplinaria, no cumplir con tan reiterados mandatos comporta un "exceso ritual manifiesto" que da al traste con el debido proceso.

Lo anterior se predica, como se ha visto, de la prueba oficiosa en sede de primera instancia, pero resulta evidente que también en la segunda instancia existe dicha obligación, tal como lo establecen las leyes disciplinarias.

El artículo 171 de la Ley 734 de 2002 establece:

> *Trámite de la segunda instancia. El funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que hubiere recibido el proceso. Si lo considera necesario, decretará pruebas de oficio, en cuyo caso el término para proferir el fallo se ampliará hasta en otro tanto (Resaltado fuera de texto).*

Por su parte, el artículo 235 de la Ley 1952 varió sustancialmente la orientación de la anterior norma, puesto que, como se puede ver, se erigía sobre la base de la verdad material como en realidad lo es, pero se movía tanto en la tarea oficiosa de buscar lo favorable como lo desfavorable al procesado, orientación esta última que se abandona, puesto que se ha establecido de manera contundente, clara y diáfana:

> *Pruebas en segunda instancia o en etapa de doble conformidad. En segunda instancia o en procesos de doble conformidad, excepcionalmente se podrán decretar pruebas de oficio.*
>
> *El funcionario de conocimiento debe decretar aquellas pruebas que puedan modificar sustancial y favorablemente la situación jurídica del disciplinado. En dicho evento y, luego de practicadas las pruebas, se dará traslado por el termino de cinco (5) días a los sujetos procesales, vencidos estos, el fallo se proferirá en el término de cuarenta (40) días (Resaltado fuera de texto).*

El inciso 1º de la norma, sin discriminación, da a entender que las pruebas oficiosas son tanto favorables como desfavorable, empero, creemos que ello debe interpretarse en conjunto con el consiguiente inciso, que da cuenta del deber categórico de decretar pruebas de oficio que resulten favorables al procesado, lo que torna una discrecionalidad en realidad obligante como deber a partir de lo que enseña la jurisprudencia sobre el "exceso ritual manifiesto", pero sobre todo por lo expuesto en su segunda parte, donde da cuenta del traslado obligatorio que debe efectuarse respecto de los sujetos procesales, pues resultaría absurdo que solo ello tiene ocurrencia cuando las pruebas le son favorables al procesado y no cuando le son desfavorable.

En efecto, no está de más que, si la prueba es favorable al procesado se escuche su opinión, pero inexorablemente si ello no se hace no se compromete por virtud del principio de trascendencia la validez del proceso, existiría una irregularidad, pero no transcendente a nulidad, según los numerales 1º y 2º del artículo 203 de la Ley 1952 de 2019.

Por el contrario, si la norma contemplara

pruebas de oficio en contra del procesado, la segunda parte del inciso 2º del artículo 235 ibidem no tendría explicación, debería constituirse en un punto aparte el punto seguido utilizado, creando un inciso diferente, esto es, un inciso 3º, puesto que resultaría imposible pensar que no se efectué un traslado a la defensa cuando la prueba es en su contra, toda vez que allí sí se lesionaría el derecho de defensa en los términos de los principios que gobiernan la declaratoria de nulidad en el proceso.

Es posible que ello se deba a una mala redacción legislativa, no obstante, ello no puede suplirlo el intérprete, pues sería interpretación en contra del procesado, haciendo analogía *in malam partem*, lo cual no se encuentra permitido tal cual lo exponemos en este mismo trabajo.

El pronunciamiento sobre la invalidez procesal, referente a las nulidades, son reconocibles de oficio por parte del director del proceso que, si no lo hace, traiciona su rol procesal y por supuesto su legitimidad como Administrador de Justicia, por lo que el decreto oficioso de nulidad no es una liberalidad del funcionario sino una obligación y deber sustancial, que de incumplirse se constituye en una invalidez de la actuación por "exceso ritual manifiesto" al desconocer los artículos 2 y 228 de la Carta Política, que por demás, afecta el acceso efectivo a la Administración de Justicia.

Sobre ello se tiene dicho por la jurisprudencia que este defecto procedimental se presenta, cuando el operador judicial antepone el procedimiento, a la eficacia del derecho sustancial, por:

(a) dejar de inaplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto;

(b) exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva, aunque en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada;

(c), incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas. El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta porque el juez no acata el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial, situación que lo lleva a denegar o vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia[83].

Estas exigencias surgen de la disposición constitucional -art. 228- que consagra la prevalencia del derecho sustancial, en virtud del cual "las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas"[84].

Desconocer las facultades oficiosas cuando debe hacerse uso de ellas, conlleva, por ejemplo, como lo señaló la sentencia SU-

[83] Corte Constitucional. Sentencias T-518 de 2015; T-637 de 2010; T-268 de 2010; C-029 de 1995.

[84] Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2010

774 de 2014 de la Corte Constitucional, la obligación de hacer uso de la facultad de proceder de oficio, a costa de incurrir en un exceso ritual manifiesto.

En general, la configuración del defecto por exceso ritual manifiesto se da "[...] cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales"[85]. En cuanto a pruebas se refiere, se configura un exceso ritual manifiesto cuando el operador judicial omite ejercer sus facultades, incluyendo el decreto oficioso de pruebas, renunciando a la verdad que se hace evidente, por no acudir a los elementos de prueba requeridos para dar certeza procesal a dicha verdad, reduciendo el proceso a un trámite sin intención de búsqueda de la verdad.

Por demás, es claro que, existe una clara desigualdad procesal entre los poderes del operador jurídico disciplinario y la defensa, verdadero leviatán al que tiene que enfrentarse, luego entonces, si cuando el juez es arbitro tiene el deber de equiparar los desequilibrios entre las partes, según lo mandan los artículos 4 y 42 numeral 2º del Código General del Proceso, aplicables a los procesos disciplinarios según el artículo 22 del CGD, tiene que echar mano de tal facultad para equilibrar el desbalance en las cargas procesales que implica su posición de juez y parte, pues donde se ordena actuar frente a lo menos, es claro que con razón también está ordenado actuar ante los males mayores que se puedan ocasionar, de acuerdo con una interpretación *ad minus ad maior*.

El Juez tiene como derrotero superior "dirigir el proceso", por lo cual debe prevenir, remediar y sancionar, incluso denunciar, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe, de manera que no resulta en estas materias admisible la pasividad de la juez (numerales 1º y 3º del artículo 42 del Código General del Proceso), cuando se niega a averiguar la "sustancialidad del debido proceso" incurriendo en lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado el exceso ritual manifiesto como vía de hecho.

El juez no puede permitir un desbalance de las cargas y pesos procesales que hagan inocua la defensa y la contradicción en los procesos en perjuicio del artículo 29 constitucional en su expresión del debido proceso, lo cual sucede muy especialmente cuando alguien utiliza la justicia como mera formalidad vacía de contenido sustancial, ante lo cual debe el juez poner en práctica claros derroteros procesales como los anteriormente señalados y el deber de equilibrar las fuerzas como se lo exige el numeral 2º del artículo 42 del Código General del Proceso, desplegando un comportamiento activo e incluso decretando pruebas de oficio, yendo al fondo del asunto, como se lo demanda el numeral 4º del mismo artículo 42. Debe precaver la incursión en vicios de procedimiento como el exceso ritual manifiesto para llegar al fondo del asunto, no en términos formales sino materiales o sustanciales como se lo impone el numeral 5º ibidem.

El vicio procesal atentatorio del debido proceso conocido en la jurisprudencia de

[85] Corte Constitucional. Sentencias T-518 de 2015; T-268 de 2010.

la Corte Constitucional como el "exceso ritual manifiesto", que obviamente no tiene cabida sin más ni más en la letra de las nulidades legalmente consagradas, pero donde la afrenta sustancial a la Constitución es manifiesta, debe ser asunto de preocupación judicial si se quiere cumplir cabalmente con los deberes que le impone al juez el ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que los jueces tienen el deber de "propender por la justicia material", toda vez que las decisiones judiciales solo tienen legitimidad "en la medida en que aseguran no solo la seguridad jurídica, sino un mínimo de justicia material", lo que se desconoce cuándo los jueces, dan origen a lo que se denomina "defecto procedimental por exceso ritual manifiesto" fenómeno que se refleja en el desconocimiento de "la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales, y al derecho al acceso a la administración de justicia"; de allí que se haya señalado que aun en los procesos civiles "el decreto oficioso de pruebas [...] no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal", toda vez que "la facultad oficiosa del juez, deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia"[86].

Se dice, por la rectora de la jurisprudencia constitucional, que este tipo de vicios afecta al debido proceso y al derecho de acceso a la administración de justicia, en tanto "un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia", lo que sucede en todos los procesos inquisitivos como los que aquí nos ocupan, donde "la facultad oficiosa cobra especial relevancia tratándose de la instrucción de procesos, cuando con su omisión se infringen derechos fundamentales, pues la misma debe enderezarse a disipar las dudas que puedan afectar la consistencia y el sentido de la decisión del juez"[87], precisamente lo que sucede en el asunto de debate, sacándole así el fuste a la prohibiciones absolutas existentes en la normatividad de utilizar este tipo de sofismas que tanto daño le hicieron en el pasado y le hacen a la majestad de la justicia.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que los jueces tienen el deber de "propender por la justicia material", toda vez que las decisiones judiciales solo tienen legitimidad "en la medida en que aseguran no solo la seguridad jurídica, sino un mínimo de justicia material", lo que se desconoce, cuando los jueces dan origen a lo que se denomina "defecto procedimental por exceso ritual manifiesto", fenómeno que se refleja en el desconocimiento de "la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales, y al derecho al acceso a la administración de justicia"[88] (Subrayado fuera de texto).

[86] Corte Constitucional, sentencia T-264 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
[87] Ibidem, sentencia T-599 de 2009 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez).
[88] Ibidem, sentencia T-264 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

El Estado incumple mandatos incuestionables e imperativos, por tanto la consecuencia es la anulabilidad del trámite procesal para restituir el derecho o la garantía conculcados, no obstante, si del juicio sobre la omisión probatoria esencial en el deber de decretar y practicar pruebas de oficio es contundente que existe duda en cualquiera de los extremos de la responsabilidad o en la acreditación de un agravante o un atenuante punitivo, lo procedente es proferir sentencia absolutoria en los términos del artículo 14 de la Ley 1952 de 2019 que, como principio rector al tenor del 22, se privilegia sobre cualquier otra norma regla como la relacionada con las nulidades, muy especialmente por cuanto sería un contrasentido que si el Estado no ha cumplido con su deber, su omisión se premie permitiendo que nuevamente se investigue, lo que no es otra cosa que proceder en contra de lo dispuesto en el artículo 203, según el cual no se declarará la nulidad cuando "el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular", lo que aquí por supuesto es responsabilidad del funcionario judicial, de tal manera que el principio según el cual nadie puede sacar provecho de su dolo o de su incuria, que es el que fundamenta el principio, también resulta aplicable a los funcionarios disciplinarios por virtud del principio de la buena fe constitucional establecido en el artículo 83, según el cual "*las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*". Presunción en favor de los ciudadanos no de los servidores públicos, aun cuando ello no implica una inversión de la carga de la prueba para estos, pero que, a partir de una interpretación *ad minus ad maior*, si el particular no puede alegar su dolo o su incuria para favorecerse, mucho menos puede hacerlo un servidor público.

En fin, si a la parte no se le permite el abuso del derecho, pues ello va en contra del deber de no abusar de los derechos propios y del deber de colaborar con la administración de justicia en virtud de la buena fe (artículos 83 y 95 numerales 1º y 7º de la Carta Política)[89], mucho menos puede permitirse que lo haga el juez, esto es, que desconozca sus deberes constitucionales y legales (artículos 1, 2, 4, 5, 29, 83[90], 85, 86, 93, 94, 228, 229 y 230 ibidem).

No debe olvidarse el juez en sentido estricto o en sentido amplio, penal o disciplinario, que le compete el cumplimiento de muy especiales deberes, como es el de estar al servicio de la comunidad y del Estado según lo preceptúa el artículo 123 de la Carta Política, así como proceder de buena fe y con

[89] Se avoca a la pérdida del derecho como lo establece el numeral 3º del artículo 203 de la Ley 1952 de 2019. En el sistema procesal alemán se establece, vía general, que "los derechos procesales no pueden ser empleados para finalidades jurídicamente desaprobadas": Volk, Ambos & Castro Cuenca, Derecho procesal penal alemán y colombiano, ob. cit., p. 317.

[90] Así la doctrina, precisando que atentar contra la buena fe comporta incurrir en abuso de los derechos y en fraude a la ley y al proceso: Pico I Junoy, La buena fe procesal, ob. cit., pp. 79 a 89.

apego a la ley (artículos 6 y 83 ibidem), en cuanto tiene deberes muy especiales como lo son[91]:

> *a) El deber de todo servidor público de "ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos" (artículo 38 numeral 16 de la Ley 1952 de 2019);*
>
> *b) La prohibición de "ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo" (artículo 39 numeral 33 ibidem); y,*
>
> *c) Podría incurrirse no solamente en falta grave por infracción al artículo 39 en armonía sus numerales 1º y 33 ibidem, sino en falta gravísima consistente en "ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante", según el artículo 55 numeral 9º de la misma ley.*

Los deberes altamente personales a cargo de los jueces son mucho más exigentes, pues además están cubiertos por una relación especial de sujeción intensificada, de allí que, Volk afirme con contundencia que se viola el mandato de "proceso leal" y por tanto la Constitución alemana, si el Tribunal no hace "valer los intereses del imputado en situaciones conflictivas", lo cual ocurre cuando los sacrifica "frente a la eficiencia de la administración de justicia", lo que constituye una violación al principio del Estado de Derecho, junto con el principio de asistencia judicial, a cargo del juez, que le prohíbe proceder de manera formalista y refugiarse en la letra de la ley", lo que le compele a "subsanar defectos procesales", pues el mandato de proceso leal conlleva a que el juzgador tenga en la consciencia que debe "mantener el equilibrio entre los intereses de los intervinientes en el proceso y el descubrimiento de la verdad en un proceso eficiente", especialmente cuando el tribunal tiene facultades oficiosas en materia probatoria[92].

ii) El artículo 151 de la Ley 1952 de 2019 establece:

> *Petición y negación de pruebas. Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán negadas las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.*

Si existe un tema en el cual es necesario aplicar conscientemente el artículo 27 de la Ley 906 de 2004 al procedimiento disciplinario, por virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1952 de 2019, es en este referido a la "*negación de pruebas*", especialmente

[91] En la Ley 734 de 2002, ambas faltas, eran consideradas gravísimas según el artículo 48: a) "ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo" (numeral 62); y, b) "ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante" (numeral 61).

[92] Ampliamente en Volk, Ambos & Castro Cuenca, Derecho procesal penal alemán y colombiano, ob. cit., pp. 362 y ss.

por cuanto tal acto procesal afecta diametralmente el derecho de defensa y contradicción, de tal manera que se involucra en el mismo una tensión de valores que hace imprescindible atender con mucha atención a los llamados "*criterios moduladores de la actuación procesal*", que no son asunto diferente que la aplicación de la ponderación constitucional de valores en un ámbito de la tensión entre los propios del Estado Liberal y los referidos al Estado Democrático y al Estado Social, en un ámbito complejo de sus correspondientes derechos fundamentales, a los que se agrega los llamados derechos fundamentales por especificación del sujeto y del contenido, transversales a cualquier modelo de Estado.

Es, sin más ni más, la puesta en balance de los principios fundamentales del Estado, la parte dogmática o filosófica de la carta y su parte orgánica, tensión definitiva que se expresa en la fórmula del artículo 228 constitucional según el cual el juez hará prevalecer el derecho sustancial, haciendo efectivo el acceso a la Administración de Justicia conforme al 229, pues así lo reclaman su Preámbulo y artículo 2 al estatuir este que:

> *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*
>
> *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

De allí que, sea de imprescindible y necesaria aplicación el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, que estatuye de manera imperativamente categórica:

> *Moduladores de la actividad procesal. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.*

Precisamente, el equivalente al principio anterior en el derecho procesal alemán lo son los principios de proceso leal y asistencia judicial, muy especialmente cuando se tienen por los jueces competencias oficiosas en materia probatoria, por lo que Volk afirma que ello resalta e impone deberes especiales de análisis y cuidado para no desconocer los derechos del procesado, asistiéndolo en su petición de pruebas en orden al esclarecimiento pertinente, capitalizando a su favor el hecho de que el Estado restrinja la prueba en el proceso de libre valoración más allá de que la irregularidad trascienda a nulidad, bastando que se constate una "manera no solo marginal", prohibiendo su valoración a través del llamado "principio regulativo", derivado del "principio de lealtad". Esa valoración cuidadosa de la prueba

le impone al juez el deber de, cuando se trata de excluir material probatorio a instancia del Estado, manejar con especial atención el *in dubio pro reo*.

Pues bien, sin duda alguna, el llamado principio regulativo es el equivalente al principio sobre los criterios moduladores de la actividad procesal ya anunciado, que en el derecho disciplinario debe ser activado con mayor rigor que en penal por virtud de las facultades oficiosas del juez en la búsqueda de la prueba favorable, amén de que, además, debe hacerse efectiva la igualdad material (artículos 7 de la Ley 599 de 2000, 4 de la Ley 906 de 2004 y 7 de la Ley 1952 de 2019), pues el procesado se encuentra en debilidad manifiesta de naturaleza físico-personal, toda vez que su juez es juez y parte en el proceso, como también debe cumplirse el mandato de actuar todos sin excepción, incluido el juez, con la más "absoluta lealtad y buena fe", actuando sin temeridad en el ejercicio de sus "deberes procesales" (artículos 17 de la Ley 600 de 2000, 12 de la Ley 906 de 2004 y 43 de la Ley 1123 de 2007, aplicables al proceso disciplinario de las leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019 por virtud de lo dispuesto en sus artículos 21 y 22, respectivamente).

En efecto, se echa de menos en la regulación sobre negación de pruebas un mecanismo de balance y regulación a la par de unos derechos fundamentales tan importantes como el derecho de defensa y de contradicción frente a la operatividad procesal, tal como el utilizado por el artículo 88 de la Ley 1123 de 2007, que establece que es admisible negar la prueba por razones de superfluidad solo si ello resulta "manifiesta".

Pero también, resulta evidente, que ello debería ser extendido a las deficiencias en las conducentes y las pertinentes, más no así en las ilegales, pues estas tienen un régimen especial como ya se precisó en apartes anteriores.

La importancia que cumple la prueba en los procesos sancionatorios resulta evidente, y refulge de forma diamantina tal que resulta imposible desconocer su superlativa importancia, según ya lo hemos puesto de presente en nuestro trabajo La lucha por los Derechos en el Derecho Disciplinario.

El debido proceso, entendido "sustancialmente" dice la jurisprudencia constitucional, apunta entre otras garantías a "asegurar el derecho de defensa y contradicción del inculpado y garantizar la presunción sobre su inocencia"[93]. El artículo 8.1 de la Convención Americana determina el debido proceso tanto en términos formales, como especialmente materiales[94].

La contundencia de dicha exigencia es palmaria:

> *El derecho de defensa implica la plena posibilidad de controvertir las pruebas allegadas en contra; la de traer al proceso y lograr que sean decretadas, practicadas y tenidas en*

[93] Corte Constitucional, Sentencia C-648 de 2001, reiterada por la Sentencia C-982 de 2002.

[94] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne contra Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005.

cuenta las existentes a favor, o las que neutralizan lo acreditado por quien acusa; la de ejercer los recursos legales; la de ser técnicamente asistido en todo momento, y la de impugnar la sentencia condenatoria[95].

En términos generales, en los procesos penales y disciplinarios:

Los derechos al debido proceso y a la defensa se garantizan no solo por la norma constitucional en cita (artículo 29), sino por los diferentes preceptos legales y reglamentarios que le reconocen al inculpado los siguientes derechos: a conocer el informe y las pruebas que se alleguen al proceso, a ser notificado de los cargos que se le imputan, a ser oído en la declaración de descargos, a ser representado por un apoderado, si así lo desea[96].

El debido proceso material implica "el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas", pero también debe resaltarse que "la consagración de los recursos y procedimientos no puede ser solamente formal, sino que deben cumplir su finalidad, esto es, deben resultar eficaces"[97].

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que el derecho de defensa "debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio"[98].

Esa celosa diligencia y rigor de imparcialidad se refleja incluso en la prueba oficiosa (artículos 129 de la Ley 734 de 2002, 85 de la Ley 1123 de 2007, 148 de la Ley 1952 de 2019 y 234 de la Ley 600 de 2000), puesto que se ha dicho que:

A juicio de la Corte, si la justicia es un elemento fundante del nuevo orden constitucional, valor y principio constitucional que debe ser realizado como fin propio de la organización estatal, constituye un deber y no una mera facultad la posibilidad de que se decreten pruebas de oficio. Naturalmente ello estará determinado por la necesidad de que se alleguen al proceso los elementos de juicio requeridos para que se adopte una decisión ajustada al derecho y a la equidad"[99] *[cursivas añadidas].*

La prueba oficiosa y el derecho del procesado a que se practiquen las pruebas solicitadas y ordenadas a cargo del Estado, para desvirtuar la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la Carta Política, hace parte del debido proceso, tal como lo tiene dicho la jurisprudencia constitucional:

La omisión de una prueba objetivamente conducente en el proceso que se sigue contra el peticionario constituye una violación a su derecho de defen-

[95] Sentencia SU-960 de 1999.
[96] Sentencia T-393 de 1994.
[97] Sentencia C-985 de 2005. También las Sentencias C-564 y C-662 de 2004.
[98] Sentencias C-150 de 1993, C-411 de 1993, C-412 de 1993 y C-1076 de 2002.
[99] Sentencia C-1270 de 2000.

sa y al debido proceso. El derecho que tiene el procesado a no ser considerado culpable hasta tanto no se demuestre lo contrario mediante sentencia judicial, está íntimamente ligado a la existencia de medios de prueba y de específicos procedimientos de evaluación y trámite cuyo desarrollo y análisis está prioritariamente en cabeza del juez. En el caso sub-judice, el fiscal ha desconocido tanto los medios de prueba como los procedimientos que protegen la presunción de inocencia[100].

No puede ser menos, toda vez que:

La práctica de todas las pruebas que sean menester para ilustrar el criterio del juez y su pleno conocimiento, ponderación y estudio, así como las posibilidades ciertas de objetarlas, contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho[101] *[cursivas añadidas].*

Tales derechos constitucionales fundamentales no pueden ser desconocidos ni siquiera por la ley, pues el debido proceso material está por encima del formal o formas propias del juicio, como se desprende diamantinamente del inciso 1º del artículo 29 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 6 de la Ley 734 de 2002 y la Ley 1123 de 2007, y 12 de la Ley 1952 de 2019.

Por ello la Corte Constitucional ha dicho:

Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. Como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de este; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos; y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso[102] *[cursivas añadidas].*

El Código General del Proceso en su artículo 1 señala que sus disposiciones son aplicables a otros procedimientos[103], para lo cual,

[100] Sentencia T-006 de 1995.

[101] Sentencia T-100 de 1998. Reiterada por la Sentencia T-1072 de 2000.

[102] Sentencia C-170 de 2000.

[103] Así también lo hace los artículos 21 del CDU, 22 del CGD y el 16 de la Ley 1123 de 2007, por lo que existe una reciprocidad incuestionable.

el principio de legalidad, dispone que "el proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley" (artículo 7, inciso 3º), por lo que las "normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley" (artículo 13, inciso 1) [cursivas añadidas], permitiendo la aplicación de los principios de la teoría general del proceso y la analogía (artículos 11 y 12).

Es obligación del juez disciplinario, toda vez que el desequilibrio entre director del proceso y sujeto procesal es abismal, dar cumplimiento al principio rector según el cual "el juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes" (artículo 4 del Código General del Proceso), lo que le es impuesto además como un deber (artículo 42, numeral 2º Código General del Proceso); por lo que, también por vía de principio rector, se dispone que el juez "deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones que le correspondan" (artículo 6, inciso 1º Código General del Proceso) [cursivas añadidas].

Es deber también del juez disciplinario, de conformidad con el numeral 4º del artículo 42 del Código General del Proceso, "*emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes*". Es más, de manera reiterada y perentoria, vuelve a recalcarle que las pruebas "*útiles*" deben ser decretadas de oficio "*cuando sean necesarias para esclarecer los hechos*", dejando un poco de lado las condiciones de conducencia y pertinencia, pero enfatizando en la utilidad si se trata de pruebas en favor del procesado (artículo 169, Código General del Proceso), única forma de entender las expresiones "igual celo" del artículo 129 de la Ley 734 de 2002 y aquella sobre "igual rigor" del artículo 148 de la Ley 1952 de 2019.

Si lo anterior es necesario en un proceso de partes, en el que el juez es un funcionario en equilibrio, toda vez que le corresponde a aquellas la carga de la prueba de los hechos cuyas normas regulan e invocan (artículo 167 del Código General del Proceso), con mayor razón debe hacerlo cuando en un proceso disciplinario se presume la inocencia y "*el funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad de investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para el efecto el funcionario podrá decretar pruebas de oficio*" (artículos 9 y 129 de la Ley 734 de 2002, 13, 14 y 148 de la Ley 1952 de 2019 y 8, 48 y 85 de la Ley 1123 de 2007) [cursivas añadidas].

No debe olvidarse que:

> *En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente deberá tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen (artículos 20 de la Ley 734 de 2002, 11 de la Ley 1952 de 2019 y 15 y 48 de la Ley 1123 de 2007) [cursivas añadidas].*

En consecuencia, si el juez disciplinario debe proceder con todo rigor o celo en la práctica de las pruebas favorables al procesado de manera oficiosa, es claro que, solo una impertinencia manifiesta puede conducir a negar una prueba solicitada por la defensa, pues lo contrario sería poner por encima de la corrección y la necesidad a la pura y formal legalidad, apartando radicalmente la debida ponderación de valores, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 906 de 2004.

Volk indica contundentemente que el desconocimiento del principio del proceso leal y el deber de asistencia que debe prestar el juez al procesado conllevan, como ya se señaló, a deberes y consecuencias procesales que en nuestro medio constante y comúnmente desconocen los operadores jurídicos disciplinarios, olvidando que "ni el procedimiento de prueba se encuentra disposición de los intervinientes" en tanto dimana como repudiable una "verdad formal [que] no existe en el proceso ... pues su objetivo es descubrir cómo fue realmente el hecho (verdad material)"[104], lo que ratifican los principios rectores de que dan cuenta los artículos 11, 13, 14, 147 y 148 de la Ley 1952 de 2019.

No hacerlo así implica una forma adicional a la omisión del cumplimiento oficioso del decreto de pruebas que favorezcan al procesado disciplinario como "exceso ritual manifiesto".

Constantemente se niega la admisión de la práctica de peritazgos en materia disciplinaria acudiendo a la aplicación del Código General del Proceso como norma integrativa, concretamente en lo dispuesto en su artículo 226, toda vez que se estima de manera radical que no puede existir un peritazgo que verse sobre cuestiones de derecho.

Varias razones se muestran contrarias a ello:

Se utiliza el artículo 226 del Código General del Proceso vía integración, lo cual resulta equivocado, toda vez que con ello se está haciendo analogía in malam partem, misma que ha sido prohibida por la Carta Política desde 1886 y ratificada por la de 1991, pues pende del criterio más universal de favorabilidad, como lo ha establecido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Precisamente, es el mismo Código General del Proceso el que establece, a partir de su aplicación general a todos los procedimientos, que:

> *Artículo 12. Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.*

Esto es, los vacíos legislativos se llenan a partir de los casos análogos, empero, es claro que ello no es automático, pues como lo indica a renglón seguido en tal tarea el "juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los princi-

[104] Volk, Ambos & Castro Cuenca, Derecho procesal penal alemán y colombiano, ob. cit., pp. 362, 363, 365 y 368.

pios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial", lo cual se pierde de vista en la posición señalada, pues con ello se desconoce el artículo 29 de la Carta Política y la teoría general del derecho procesal, que indica que en temas de favorabilidad no existe división de normas en procesales y sustanciales, pues tal efecto se aplica "sin excepción", como lo establece el artículo 6 del Código Penal, aplicable al presente asunto por así permitirlo el artículo 22 de la Ley 1952 de 2017.

Podría argumentarse que, la cita del aparte del artículo 12 del Código General del Proceso no tiene que ver con la integración analógica, sino con la forma de solventar la falta de norma aplicable por analogía, lo cual es una visión recortada de los principios rectores, pues igualmente nos encontramos ante la interpretación de la ley procesal y esta es clara, puesto que:

> *Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias (Resaltado fuera de texto).*

Esto es, como se puede ver con lo resaltado, nos encontramos frente al mismo postulado del artículo 12, que demanda interpretación acorde con el principio de instrumentalidad de las formas, garantía del derecho sustancial, aplicación de principios constitucionales y generales del derecho procesal, uno de cuyos pilares es el principio de favorabilidad.

La doctrina más calificada, especialmente desde el ámbito constitucional, señalaba respecto del artículo 8 de la Ley 153 de 1887 que allí, cuando se hace referencia a "*se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*", se consagró en la primera parte la llamada analogía legis y en la segunda, cuando se menciona a la doctrina constitucional y a las reglas generales del Derecho, se hizo referencia a la analogía iuris; empero necesaria e indefectiblemente debe entenderse, que solo en su modalidad *in bonam partem* (en favor del procesado), excluyéndose la *in malam partem* (en contra del procesado), que lo emanaba de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional del 1886, al establecer el principio de favorabilidad[105], según Manuel Gaona Cruz; incluso, se dice que la aparente discrepancia entre la ley que es la llamada en primer lugar a regir el defecto normativo o vacío legislativo detectado, no podía imponerse frente a lo establecido por la doctrina constitucional, pues en tal parte la norma fue modificada por el poste-

[105] Artículo 26. "...en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

rior contenido del artículo 215 en la versión de la reforma constitucional de 1910, que dispuso que cuando existiere una contradicción entre la Constitución y la ley, preferirá en su aplicación aquella, solucionándose el problema original surgido con la Ley 153 de 1887, que daba a entender la prevalencia de la ley sobre la Constitución Nacional, esto es, una redacción producto de la ideología propia del positivismo legalista del siglo XIX o decimonónico, originaba la tesis sostenida por sus áulicos, según la cual la analogía legis tenía prevalencia sobre la analogía iuris[106]. Tal forma de pensar, propia del positivismo legalista o decimonónico, desvalorizaba la estima constitucional, así esta fuera muy poca para la época, lo cual revaloriza el actual constitucionalismo moderno con lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Política.

La jurisprudencia constitucional aclaró puntualmente el tema de manera definitiva en doctrina que aún hoy impera, afirmando que de acuerdo con una interpretación conforme con las normas constitucionales, especialmente la referida a los artículos 26 y 215 de la Constitución Nacional, solo resulta admisible aquella de estirpe *in bonam partem* y se rechaza de plano la in *malam partem*[107]. La interpretación extensiva está prohibida en materia de tipicidad disciplinaria en tanto que veto absoluto a la analogía *iuris* y *legis in malam partem*[108]. Esta última decisión del Consejo de Estado se fundamenta en la ya sempiterna jurisprudencia constitucional, expresamente citada, según la cual también para el derecho disciplinario rigen las garantías penales, entre las cuales se encuentra "la cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía *juris*, la analogía *legis*, o la interpretación extensiva, '*in malam partem*' o para desfavorecer y en cambio la permisión para hacerlo *'in bonam partem*' o para favorecer"[109], lo que se ratifica además por la sentencia SU-1159 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Así también la doctrina extranjera, que

[106] Manuel Gaona Cruz, clases mecanografiadas de Teoría del Estado de la cátedra respectiva en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, año 1984, pp. 185 y ss, 194 y ss.

[107] Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, sentencias de junio 2 de 1981; de 21 de abril de 1982; N.º 84 de 1983 (Proceso No 1078); N.º 5 de febrero 10 de 1983; No 51 de abril 14 de 1983 (Proceso 1062 -152 E-); de 31 de mayo de 1984; N.º 129 de noviembre 15 de 1984 (Proceso 1229); N.º 17 de marzo 7 de 1985 (Proceso N.º 1259), N.º 67 de julio 2 de 1987 (Proceso N.º 1585) y de marzo 10 de 1988.

[108] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de 2019, C. P. María Adriana Marín, radicación N.º 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados).

[109] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia de constitucionalidad del 7 de marzo de 1985, exp. 1259, M. P. Manuel Gaona Cruz. Extracto tomado de Jurisprudencia y doctrina, Edit. Legis, S. A., tomo xiv, n.º 161, mayo de 1985, pp. 428 y 429. Mediante esta sentencia se juzgó la constitucionalidad de algunas de las normas del Decreto-ley 1835 de 1979, contentivo del régimen disciplinario para la Policía Nacional.

destaca que la analogía *in bonam partem* es "*tan indispensable como admisible*"[110] y procedente[111].

Y por supuesto que tal utilización de la analogía integrativa es *in malam partem*, pues consiste en aplicar criterios civilistas al derecho disciplinario, esto es, al derecho sancionatorio cuando, como lo tiene dicho la jurisprudencia constitucional según sentencia C-107 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, ante vacíos legislativos en el Código Disciplinario primero hay que acudir a las normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, solo ante dicho descarte por no encontrar respuestas, puede irse al procedimiento civil.

Y ello es obvio, toda vez que, desde el artículo 21 de la Ley 734 de 2002 y hoy refrendado por el artículo 22 de la Ley 1952 de 2019, se afirma contundentemente que la integración debe ir precedida del juicio acerca de que la norma que se aplica "no contravenga la naturaleza del Derecho Disciplinario", asunto que se soslaya con una aplicación automática y ciega del artículo 226 del Código General del Proceso.

Y lo es por cuanto, la prohibición del peritazgo en materias jurídicas no tiene cabida en Derecho Civil en tanto toda la materia está allí regulada, lo que se hace extensivo al Derecho Comercial, de manera que el juez trabaja en el proceso civil con un universo normativo perteneciente a su propia especialidad.

Ello no ocurre ni en Derecho Penal ni en Derecho Disciplinario, pues estos órdenes jurídicos son subsidiarios de los demás, especialmente del civil, tal como lo acreditan los llamados elementos normativos y tipos en blanco, que tienen que auxiliar al juez penal y al disciplinario en torno a la aplicación de conceptos que ya no están en el universo de su especialidad, sino en otras especialidades, como se puede apreciar en cualquier manual moderno, lo que es plenamente coincidente con la jurisprudencia constitucional cuando ha precisado que el Derecho Penal es la última ratio o mínima intervención, ante lo cual otras lo preceden, pues rige en el mismo los principios de subsidiariedad y fragmentariedad. El Derecho Civil se constituye por "*normas primarias*" y el Derecho Penal por "*normas secundarias*"[112].

Por ello, precisamente, el Código de Procedimiento Penal de 2004, que introdujo la modernidad en la conceptualización de la prueba, establece en su artículo 405 que "la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados" (Resaltado fuera de texto), lo que, por supuesto, no prohíbe ni expresa ni implícitamente el peritazgo jurídico cuando se revele especializado, lo cual ya es lugar común de aceptación en los procesos ante tribunales internacionales, donde peritos jurídicos explican el sentido de las normas y la manera en que se inter-

[110] Alex Van Weezel. Curso de Derecho Penal Parte General. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 89.

[111] Maximiliano Rusconi. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2016, p. 133.

[112] Van Weezel, Curso de Derecho Penal parte general, ob. cit., pp. 30 y ss.

pretan en sus diferentes naciones.

No se encuentra, en el Código de Procedimiento Penal una norma que prohíba expresa o tácitamente el peritazgo jurídico especializado, por el contrario, allí se revela que tiene plena cabida, luego entonces nada impide su práctica.

Práctica que, además, debe hacerse de conformidad con lo dispuesto en el derecho convencional de que da cuenta el artículo 8 literal f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable no solo por lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, mismo que dice que el tratado prima sobre la ley interna, sino por lo señalado en el artículo 22 de la Ley 1952 de 2019.

Hoy no existe diferencia entre testimonio y peritazgo en el proceso penal, ambos se tratan por igual en la teoría general del proceso. Ya ello se advertía, hace mucho tiempo, cuando se admitió la figura mixta o híbrida del testigo-perito o testigo-especializado.

Tal caracterización está contemplada en el artículo 8 literal f) ya reseñado, al señalar el derecho de toda persona de "obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos". Como se puede ver, se efectúa la regulación de ambos en un mismo nivel y la teleología de la norma está referida al mismo objeto: "que puedan arrojar luz sobre los hechos".

De allí que Vittorio Denti afirme que el proceso judicial "no es en absoluto neutro, en sus técnicas internas, respecto a las orientaciones políticas de la sociedad en que opera", en tanto "en el campo del proceso no hay otra materia que refleje el movimiento político, social y cultural del mundo contemporáneo con mayor intensidad que el derecho de las pruebas", esto es, por virtud de ello, se introduce en Italia y Francia, especialmente, hacia los años sesenta del siglo pasado una especificidad del juicio del experto, vinculado de alguna forma con el derecho, en temas tan controversiales como los tratados en el Derecho Agrario que utiliza expresiones que están por fuera del alcance del juez común, no exactamente sobre la interpretación de la norma, sino sobre el entendimiento de sus referentes materiales y por supuesto cuya "solución del problema –depende- del juicio técnico está adoptada por categorías de controversias reguladas por leyes especiales, que operan en sentido innovador en el campo económico y social", donde el experto interviene en "el trámite entre el juez y la realidad social en transformación"[113]-[114].

La prueba es útil en tanto se discuta los referentes materiales tenidos en cuenta para efecto de fundar una necesidad del servicio público que debe ser solventada vía contratación estatal, cuyo elemento central es un postulado técnico, la tipificación del comportamiento como desconocimiento de elementos esenciales del contrato con especificidades técnicas o culturales, lo que da cuenta de su conducencia y pertinencia.

[113] Vittorio Denti. Estudios de Derecho probatorio. Buenos Aires, EJEA, 1974, pp. 153, 155 y 290.

[114] Para el efecto, entre la materia objeto de conceptos técnicos y objeto de conceptos

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia manda que "en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley" (Resaltado fuera de texto), por lo que introducir excepciones al derecho de defensa como se hace en la persistente como perversa tesis que cuestionamos, es totalmente contrario al orden jurídico.

No puede argumentarse en contra que no existe norma para el efecto, pues siendo un derecho fundamental perteneciente al debido proceso y al derecho de defensa, el juez tiene la obligación de aplicar directamente la Carta Política y la Convención Americana, de conformidad con los artículos 2, 29, 85, 93, 228 y 230 constitucionales, sin perderse en resquemores formalistas que fueron dejados atrás con la derogatoria de la Constitución de 1886. Aplicar, como lo dispone los artículos 1, 2, 3, 7 y 9 de la Ley 270 de 1996, al disciplinario los principios de la Administración de Justicia, según sentencia T-350 de 2011.

Se trata, en consecuencia, de aplicar el Control de Convencionalidad de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana, y concretamente, en cuanto a la decisión del juez disciplinario, de lo dispuesto en su artículo 2 cuando dice que el Estado tiene la obligación de tomar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades", medidas que son las que se encuentran a cargo de los jueces que Administran Justicia en sentido material, como se ha dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011.

En fin, en torno a este punto, se destaca lo afirmado en el Derecho Comparado con base en la jurisprudencia de tribunales internacionales según lo cual el *in dubio pro reo* es aplicable frente a "*todos los presupuestos procesales*":

> *Cuando la recepción de una prueba central se ve frustrada por medidas oficiales, 'el juez de la investigación al formar su convicción debe tener en cuenta las limitaciones a sus posibilidades de conocimiento, así como la reducción de los derechos de defensa del acusado, y analizarlos en la fundamentación de la sentencia, en el marco de la valoración de la prueba. De otro modo, su apreciación de la prueba es incompleta y lesionaría el derecho del acusado a un proceso leal y conforme al Estado de derecho (art. 6 inciso 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En tales casos, la reducción de las posibilidades de conocimiento del tribunal debe considerarse mediante una valoración de la prueba particularmente cuidadosa y, dado el caso, aplicar el principio de la duda'"*[115].

jurídicos, sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, de octubre 31 de 2007 C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación N.º 11001-03-26-000-1997-13503-00 (13503).

[115] Volk, Ambos & Castro Cuenca, Derecho procesal penal alemán y colombiano, ob. cit,

Para lo cual, muy ilustrativo y profundo, el estudio del gran jurista argentino Maximiliano Rusconi, estudio que ningún defensor en materia penal y disciplinaria debería dejar de leer[116].

Con mayor razón, lo antes expuesto, opera en Derecho Disciplinario, toda vez que no es requisito *sine qua nom* la presencia de un abogado defensor *-defensa técnica-* para la validez en todos los procesos, sino vía excepcional cuando no se tiene recursos para contratar a un profesional del derecho que se encargue de la defensa técnica o del procesado en ausencia o contumacia, según se advierte en el artículo 15 de la Ley 1952 de 2019 en armonía con el artículo 70 de la Ley 2094 de 2021.

No obstante, surgen duda muy serias sobre la validez de cualquier actuación cuando no existe defensa técnica, pues el mismo procedimiento disciplinario, como el artículo 29 de la Carta Política y el 3 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que dispone su instrumentación sin excepción, pueda darse por válidas actuaciones procesales deficientes en tal especie de defensa, cuando el numeral 1º del artículo 203 es más que claro al señalar que no se pueden convalidar actuaciones que impliquen menoscabo al derecho de defensa.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 270 de 1996m es supremamente claro al establecer que no existen excepciones al derecho de defensa, sin distinguir entre defensa técnica y defensa material, por supuesto tampoco puede hacerlo el intérprete:

> **Derecho de defensa**. *En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla (Resaltado fuera de texto).*

Es la misma ley la que establece, en el marco estatutario, por tanto, en el espacio jurídico del Bloque de Constitucionalidad, que no puede existir excepción alguna. Y excepción alguna es, contrario a cualquier posibilidad que se quiera establecer, especialmente cuando de entrada el universo al que va dirigida la disposición es a todos los procesos "judiciales y administrativos". Por el contrario, al establecer lo referente a la posibilidad de que participen en las defensas técnicas en dichos tipos de proceso los estudiantes de Consultorios Jurídicos indica, muy claramente, que tal necesidad, sino puede ser solventada con otras instituciones, por ejemplo, con lo instrumentado en el artículo 70 de la Ley 2094 de 2021, debe acudirse a ellos, pero jamás dejar en indefensión a los procesados disciplinariamente.

---

pp. 366 y 367.

[116] Rusconi, Derecho Penal parte general, ob. cit., pp. 207 y ss.

Capítulo 2
Requisitos sustanciales de naturaleza probatoria para proferir sentencia condenatoria o absolutoria en el proceso disciplinario

No se tratará en este trabajo lo concerniente a las diferentes pruebas nominadas o innominadas que se utilizan en el procedimiento disciplinario para la meta de obtener la verdad material en un proceso democrático, toda vez que, tal ejercicio ya lo hemos abordado y a ello nos remitimos, muy especialmente por cuanto, en esencia, la Ley 734 de 2002, con la reforma introducida por la Ley 1774 de 2011, ordenó la remisión en lo correspondiente al Código de Procedimiento Penal de 2000, Ley 600, como ya la práctica disciplinaria lo había establecido; pero además, la normatividad contenida en el articulado pertinente de la Ley 1952 de 2019, lo que hizo fue en gran medida reproducir los artículos de la Ley 600 de 2000.

En el mencionado trabajo, al cual se puede acceder fácilmente en su versión electrónica en la página Web de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se analiza el sistema probatorio vigente desde la perspectiva de su valoración[117], por lo que en este trabajo nos pronunciaremos sobre aquello que resulte novedoso o tenga una especial importancia para los efectos de la defensa pública en materia disciplinaria. También allí se hace un estudio extenso y profundo sobre la ilegitimidad constitucional de la prueba, a lo cual también nos remitimos[118].

Por tanto solo puede dictarse sentencia condenatoria cuando obre prueba legalmente producida en el proceso, que conduzca a la demostración de la conducta investigada, a la tipicidad de la misma, a su antijuricidad, que se trate de un sujeto imputable y que el mismo resulte culpable a título de dolo o culpa, o absolutoria cuando se demuestre que actuó al amparo de una causal de justificación o de una causal de inculpabilidad o incumplimiento del deber objetivo de cuidado o que los hechos no sean constitutivos de delito.

El primer requisito es que exista prueba legalmente practicada en el proceso que conduzca a alguno de los dos extremos de la litis, la condena o la absolución, luego de que se hubiesen comprobado los presupuestos de validez formal y sustancial tratados en el capítulo 1.

[117] Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Pruebas y Policía Judicial Disciplinaria, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2015.

[118] El problema de la prueba para condonar no es solo un asunto de la interioridad del tribunal, sino también de su entorno institucional, social y jurídico, al cual debemos concientizarnos: O. Tschadek. La prueba. Bogotá, Editorial Temis, 1982, pp. 111 y ss.

El segundo requisito es que, para efectos de la condena, se haya demostrado, dice el Código Disciplinario que en grado de certeza, la responsabilidad del sujeto investigado (artículo 160 de la Ley 1952 de 2019), aserto que no está propiamente ajustado a las normas científicas de actualidad, mismas que hace mucho tiempo han dado un giro fundamental bajo el entendido que ni siquiera en las ciencias físicas las llamadas ciencias exactas por excelencia o ciencias duras existe estado del conocimiento de certeza o certidumbre, sobre lo cual nos hemos ocupado desde el punto de vista epistemológico y a ello nos remitimos[119].

Se debate en la actualidad, en un mundo complejo, donde comprobadamente existen propiedades emergentes provenientes de sistemas complejos, que no se conocen ni siquiera las causas de estas, se discute si puede afirmarse la existencia de los fenómenos a partir de la certeza o verdad ontológica o simplemente tenemos que contentarnos con las probabilidades. De hecho, ya por allí implica entonces que en mundo plagado de complejidades no pueda presuponerse la certeza, que se trabaja simple y solo con probabilidades; es decir, arrancamos un proceso a partir de la duda, lo que informa la apertura de indagación preliminar, cierta posibilidad de que nos encontremos frente a un autor que ha cometido una conducta típica, antijurídica y culpable en materia disciplinaria, una mínima probabilidad de que es responsable disciplinariamente para la formulación del pliego de cargos y para condenar o absolver, finalmente, la existencia de una probabilidad, podríamos decir, rayana en la certeza[120] o que se encuentre cerca de la certeza, aun cuando sabemos hoy el concepto de certeza es absolutamente imposible determinar, lo que de mejor manera el Código de Procedimiento Penal define como que exista "una demostración más allá de toda duda razonable" en cuanto a la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado[121]; es decir, que aquello en lo que se pueda dudar sea verificado respecto de los aspectos fundamentales o esenciales de la responsabilidad, no de cuestiones accesorias ni de aspectos tangenciales que no tocan con la línea que conduce a la responsabilidad.

Por supuesto que siempre tal discusión ha sido el punto de partida para la aceptación de cuando nos encontramos frente a una verdad. Ya lo decía Tschadek cuando estimaba que pata condenar "con la probabilidad, por muy grande que sea, no basta. Si en el procedimiento probatorio solo llegamos a la probabilidad, no debe dictarse

[119] Carlos Arturo Gómez Pavajeau & Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero. Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas. Bogotá, Editorial Nueva Jurídica, 2022.

[120] Así, en la Presentación Luca Passanante, De Michelle Taruffo. Contribución al estudio de las máximas de experiencia, Perfecto Andrés Ibáñez (Trad.). Madrid, Marcial Pons, 2023, pp. 16 a 20.

[121] Ley 906 de 2004: "Artículo 381. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio".

fallo condenatorio"[122], lo cual es cierto, pues adviértase la expresión "solo". La otra alternativa era la "certeza", lo cual hoy no es aceptado por la epistemología, pues no existen verdades ontológicas y permanentes, de allí que, el compromiso asumido por la ley estriba en la presencia de una alta probabilidad más allá de toda duda razonable.

A ello se llega por virtud de la persuasión racional lograda a partir de las reglas de la sana crítica[123], con plena libertad probatoria[124]-[125], incluida por supuesto la admisión de pruebas innominadas (artículos 149, 150 y 159 de la Ley 1952 de 2019) o de sistema abierto que resulten útiles y que no contravengan los derechos humanos (artículo 149 inciso 3º ibidem), dentro de lo cual se contempla la llamada prueba novel del procedimiento penal (artículo 442 de la Ley 906 de 2004[126]), aplicable al proceso disciplinario por virtud de los dispuesto en los artículos 21 de la Ley 734 de 2002 y 22 de la Ley 1952 de 2019.

El hombre es falible y el juez es un hombre. Luego entonces, el acto de declarar la responsabilidad involucra un ejercicio de las facultades inherentes a la dignidad humana que, a su vez, vea en el otro a un ser que debe ser tratado dignamente según los artículos 1 de la Carta Política y 1 de las leyes 906 de 2004 y 1952 de 2019, teniendo como norte el artículo 27 de la segunda.

Así lo ha pregonado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sen-

---

[122] Tschadek, La prueba, ob. cit., p. 118.

[123] Johann Benfeld. "Los orígenes del concepto de 'sana crítica'" en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXV, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 569 a 585; https://www.redalyc.org/pdf/1738/173829696018.pdf, consultado julio 25 de 2023.

[124] Un muy buen texto, fácil de ubicar, el de Boris Barrios González. Teoría de la sana crítica, en www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pd, consultado julio 25 de 2023. También muy recomendados Eduardo J. Couture. Las reglas de la sana crítica, Montevideo, Editorial Ius, 1990; Xabier Abel Lluch. Las reglas de la sana crítica, Madrid, Editorial Le Ley, 2015 y José Luis Cusi Analoca. Sana crítica. La garantía del debido proceso constitucional y seguridad jurídica, España, Olejnik Ediciones, 2022. Para Colombia Gustavo Cuello Iriarte. La sana crítica. Sistema de valoración de la prueba, Bogotá, Universidad Javeriana, 2007.

[125] Sobre las reglas de la experiencia Taruffo, Contribución al estudio de las máximas de experiencia, ob. cit.

[126] "Admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel. Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

[1]. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.

[2]. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.

[3]. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.

[4]. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica".

tencias de septiembre 4 de 2002, junio 10 de 2015, mayo 31 de 2018, junio 27 de 2018 y octubre 20 de 2019; y la Corte Constitucional, demandando que la convicción sea "suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica" (sentencia C-003 de 2017, M.P. Arrieta Gómez) más allá de toda duda razonable (sentencias C-774 de 2001, M.P. Escobar Gil y C-030 de 2003, M.P. Tafur Galvis)[127].

En ese sentido, entonces, tenemos que existe un arsenal de medios probatorios o pruebas propiamente dichas, se identifican uno y otro concepto en el Código Disciplinario con la prueba como elemento para llevar convicción al objeto del proceso, esto es, que exista uno cualquiera de los medios probatorios apreciados en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica para dar por probado la falta disciplinaria y sus autores o determinadores. Esto puede ser válido respecto a cualquiera de los elementos de la responsabilidad; sin embargo, es absolutamente claro que hay dos pruebas que solo conducen de manera apropiada a la declaratoria de culpabilidad; es decir, las pruebas del aspecto subjetivo del delito y ellas son:

i) la confesión simple; obviamente, aquella que no introduce aspectos relacionados con los fundamentos de una causal que exime de responsabilidad o que atenúa la sanción. Ello es particularmente importante para efectos de la prueba de la culpabilidad entendida como principio, esto es, respecto de todos aquellos aspectos, elementos o ingredientes de tipo subjetivo presentes en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, por cuanto dicha prueba de la culpabilidad es un asunto bastante complicado en el proceso, que necesita mucho estudio, al cual ya le hemos dedicado otros trabajos[128].

Creemos que es donde se producen las mayores fallas de la administración de justicia en materia disciplinaria, como en la penal, y en la cual hay que recabar significativamente para mejorar el estado de cosas.

ii) Prueba de la culpabilidad por indicios (artículos 149 inciso 2º, 196, 197, 198 y 199 de la Ley 1952 de 2019) que, digamos, enrumba a tres elementos básicos, que yo en mis estudios, especialmente en mi libro "*La Prueba Jurídica de la Culpabilidad*" ya mencionado, he denominado: a) "*la constelación de indicios de aptitud*" con 'p'; es decir, aquella que conduce al establecimiento de la que persona del procesado tiene capacidad de culpabilidad; esto es, resulta imputable y, por lo tanto, susceptible de un juicio de reproche; b) "*la constelación de indicios de actitud*", con 'c', que tienen que ver con el conocimiento y la intención de llevar a cabo el comportamiento típico, podríamos decir, la primera parte componente del dolo, conocimiento de voluntad o aspectos intelectivos y volitivos, así como lo referido a la prueba de la culpa; y un tercer componente o aspecto que tiene que ver con c) "*la constelación de indicios de comprensión valorativa*", que tiene que ver con la conciencia de la antijuricidad o de la ilicitud.

[127] Muy ampliamente en Volk, Ambos & Castro Cuenca, Derecho procesal penal alemán y colombiano, ob. cit., pp. 366, 367, 368, 384 a 387.

[128] Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Es menester trabajar con gran cuidado y profundidad la teoría de la confesión calificada, introducida por la jurisprudencia penal, de lo cual es un valioso trabajo las obras de Jairo Parra Quijano, muy especialmente el Tomo Especial sobre la Confesión en la Jurisprudencia[129]. Supremamente importante por cuanto, cuando se introducen en la confesión eximentes de responsabilidad o atenuantes de punibilidad[130] se discute si la confesión puede o no ser dividida, si lo es como debe operar y sobre todo cómo funciona allí la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Se discutía en la Ley original, 1952 de 2019, si esa conciencia era necesaria e indefectiblemente actual, real y efectiva, pero ya con la reforma introducida por la Ley 2094 de 2021 al artículo 32 de la primera, ha quedado claro que lo que se debe demostrar no es una conciencia actual de la ilicitud, que si se da, obviamente, implica el mayor reproche, sino una conciencia eventual de la ilicitud; es decir, actualizable o que podría actualizarse ante la duda en que podía incurrir la persona cuando valora su propio comportamiento, lo que nos ubica en el menor rango del reproche, que es el error sobre los aspectos valorativos del tipo de la culpabilidad, la conciencia de la antijuricidad en grado de eventual potencial o actualizable.

Allí entonces, si estamos frente a indicios graves, plurales, concordantes y convergentes, obviamente tienen que aparecer en pluralidad con respecto a cada uno de estos componentes; es decir, pluralidad de indicios de la constelación de indicios de aptitud con 'p', pluralidad de indicios en la constelación de indicios de actitud con 'c' y pluralidad de indicios de comprensión valorativa; de manera que la prueba de la culpabilidad no es fácil, no puede presuponerse, toda vez que se incurre comúnmente en petición de principios, grave error que conduce a falsa motivación, por lo cual el Consejo de Estado, particularmente, ha sido prolífico en determinar que ello conduce a la nulidad de la decisión y de la sanción disciplinaria.

Igualmente, también como requisito, tenemos que entender que debe sobrepasarse el espectro de la presunción de inocencia; tiene que ser desvirtuada, y ello particularmente juega cuando se esgrimen de manera clara, por la defensa técnica o por la defensa material en sus versiones libres, lo que tiene que ver con la introducción de elementos que eximen de responsabilidad, bien como el señalar que nos encontramos frente al cumplimiento del deber objetivo de cuidado a los efectos de tipicidad o nos encontramos frente a una exclusión formal y material de la ilicitud sustancial; es decir, de lo típico y lo antijurídico, bien por falta de afectación sustancial al bien jurídico o bien porque está presente una causal de las llamadas excluyentes de la antijuridicidad o la ilicitud sustancial de la conducta como también lo ha determinado de una manera

[129] Cfr. Jairo Parra Quijano. Tratado de la Prueba judicial Tomo II, La Confesión, Bogotá, Librería del Profesional, 1985, pp. 42 y ss.

[130] Parra Quijano Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Librería ediciones del Profesional Ltda., 2009, pp. 392, 397 y 398.

absolutamente clara el Consejo de Estado. Y finalmente cuando también planteamos causales que excluyen la culpabilidad que tienen que ver con la exclusión del juicio individual de reproche.

Esto es importantísimo porque es algo que, en Colombia como en ninguna otra parte del mundo, pues en los países europeos ni en la Convención Europea de Derechos Humanos la presunción de inocencia es recortada, tiene unos niveles de garantías mucho menor que los que tiene la presunción de inocencia en Colombia. La presunción de inocencia allá solamente se predica de la conducta típica y de la autoría y la participación; se presume que la persona no ha realizado la conducta y que ella no es típica y que el imputado no es autor o partícipe del delito -en calidad de determinador o cómplice, aun cuando esta última figura no se presenta en derecho Disciplinario-, de resto, si la defensa material introduce la discusión sobre una causal de justificación o una causal de culpabilidad, la carga de la prueba se invierte; es decir, se produce una distribución legal de la carga de la prueba, pues en ese caso ya la presunción de inocencia no juega, sino que es a la defensa a quien le corresponde probar que se actuó bajo el amparo de una causal de justificación o bajo el amparo de una causal de inculpabilidad[131]-[132].

Otra cosa sucede en nuestro orden constitucional, podemos leer claramente cómo el artículo 29 de la Constitución Política es absolutamente claro en afirmar: se presume la inocencia de la persona en el proceso y la misma solamente se encuentra desvirtuada una vez que se ha demostrado la culpabilidad por sentencia en firme; es decir, que ha tramitado las dos instancias en el proceso disciplinario y, eventualmente en el penal, la casación para entender que la misma ya no tiene recurso alguno. Esa es una presunción completa de inocencia, no a medias como existe en Europa y en la Convención Europea de Derechos Humanos, así la entienden los españoles y alemanes, quienes llevan la bandera de la discusión jurídica en el mundo [133]

En Colombia nos apartamos claramente de ello y, por lo tanto, entonces, juega la presunción de inocencia en todo su esplendor, cobijando aspectos de la antijuridicidad y culpabilidad, incluidas sus excluyentes. Y eso tiene que ser así, pues, por ejemplo, en el proceso disciplinario no existe un concepto de partes, sino de sujetos procesales, donde la desigualdad está cantada en favor del ór-

[131] De esta misma Colección de estudios, el Tomo I, Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Regímenes sobre cargas probatorias y distribución de la carga probatoria en materias penales y disciplinarias. Modelos europeos y colombiano, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2023.

[132] De esta misma Colección de estudios, el Tomo I, Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La culpabilidad en el Derecho Disciplinario colombiano principio y categoría dogmática, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2023.

[133] Para el efecto Cfr. nuestros trabajos Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal, Universidad Externado de Colombia, 2017 en su "Estudio Introductorio" y Carlos Arturo Gómez Pavajeau & María Marta Gómez Barranco. Teorías del Injusto y de la Norma, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022, pp. 397 y ss.

gano investigador-acusador-sentenciador, con respecto al sujeto procesado; es decir, con quien ejerce la acción -el Estado- y sobre quien se ejerce la acción -el procesado-.

Por tanto, una regla básica que debe operar en Derecho Disciplinario es que, siempre y en todo momento el juez disciplinario debe atender aquel mandato de la Teoría General del Proceso, según el cual, vía integración (artículos 21 y 22 de las leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019, respectivamente, y 1 del Código General del Proceso), debe cumplirse con el deber de "hacer efectiva *la igualdad de las partes en el proceso*" garantizando los derechos y libertades (artículos 11, 12 y 42 numeral 2º ibidem), lo cual debe ponderar respecto de sí mismo, aun cuando no sea parte, pero comprometido a la más absoluta lealtad procesal como ya se ha visto, dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 27 dela Ley 906 de 2004 según se vio.

Y se dice que, obviamente, el procesado utilizará las pruebas formalmente consideradas como tal; es decir, el sistema conocido como de *numerus clausus* de las pruebas, pero también el sistema de *numerus aportes* que en definitiva se impone, pues no solamente son procedentes las pruebas que allí se encuentran enlistadas, sino que también son admisibles cualquiera otra prueba que resulte análoga o novedosa[134], que no esté consagrada pero que tenga aptitud para probar y que, de alguna manera, sea claro que no viola los derechos fundamentales[135].

Y si la presunción de inocencia juega en favor de la persona es correcto, como lo establece el Código Disciplinario, que el Estado le corresponde averiguar, ¡óigase la expresión!, con igual celo o con igual rigor, tanto lo que favorece al procesado como lo que lo perjudica y, en ese sentido, entonces, tiene que desplegar una actividad dinámica y oficiosa tendiente a demostrar, obviamente, tanto lo que lo inculpa, como aquello que lo exculpa o lo exonera de responsabilidad; si no lo hace así, no se entiende materialmente cumplida la dinámica de la prueba, se entiende que ello ha sido restringido y que no ha utilizado sus poderes el juez para hacer efectiva la igualdad de todos en el proceso, igualdad que, obviamente, es absolutamente imposible de afirmar en el proceso mixto con tendencia inquisitiva, como lo es el disciplinario, donde tiene que desplegar unas funciones importantísimas el investigador-acusador para dar por satisfecha esas normas del Código Disciplinario que han sido ratificadas y que se las imponen, además, vía integrativa, según los artículos 21 de la Ley 734 de 2002, artículo 22 de la Ley 1952 del 2019 y el artículo 1 del Código General del Proceso; especialmente en su principio rector consagrado en su artículo 4, según el cual el juez tiene la obligación, a través del decreto de pruebas oficiosas, de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, lo que ratifica de una mane-

[134] Así hace mucho tiempo, Tschadek, La prueba, ob. cit., pp. 97 y ss.

[135] Por ejemplo, para los procesos disciplinarios y penales regidos por la Ley 600 de 2000, la prueba pericial de parte de que da cuenta el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. "Peritazgo Privado" en La lucha por los Derechos en el Derecho Disciplinario. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 699 y ss.

ra contundente, el artículo 42 numeral 2º del mismo, sobre los deberes del juez, entre los cuales está como Director del proceso, el decreto de aquellas pruebas que sirvan al cometido de igualar a las partes en el proceso, con el inconveniente que muy difícil resulta igualar al instructor-acusador-juzgador con el procesado porque es evidente por la representación que lleva el primero, que allí no pude darse esa igualdad, pero sí al menos disminuir, en términos tolerables de ponderación, porque aquí hay que aplicar, repetimos el artículo -por vía integrativa analógica favorable- 27 del Código de Procedimiento Penal sobre los criterios moduladores de la actividad procesal; es decir, hay que seguir la legalidad, pero la legalidad tiene que ser ponderada con la proporcionalidad, con la necesidad y, sobre todo, con la corrección que apunta a la justicia material, justicia material que precisamente está ligada en la jurisprudencia constitucional, particularmente el Preámbulo y el artículo 2, cuando llaman a la necesidad de propiciar y garantizar un orden justo, por lo que la Corte Constitucional ha dicho que el valor de la justicia material es, al igual que el de la equidad y algunos otros como la perspectiva de género, de obligatoria observación, toda vez que si no se cumple con ello en los procesos y con todas las demás pruebas, especialmente esas de igualar el poder de las personas en el proceso, como resulta ser el equilibrio que hay que buscar a través de los medios oficiosos en el decreto y la práctica de pruebas.

De incumplirse, ya tenemos establecida desde hace muchos años la teoría de las nulidades constitucionales, que 1956 tiene su punto de partida y se consolida en la segunda mitad de los años setenta, tesis de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la cual se ha dicho claramente que, si no se cumple con esos parámetros por el legislador se incurre en una nulidad que debe ser decretada por el juez[136] o se incurre, como actualmente lo ha establecido la Corte Constitucional, en lo que se denomina la causal de invalidez del "exceso ritual manifiesto".

[136] De esta misma Colección de estudios, el Tomo I, Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La defensa técnica en el derecho procesal disciplinario colombiano, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2023, en la Introducción: debido proceso y formas propias del juicio. Una relación de género a especie.

REFERENCIAS

Abel Lluch Xabier. *Las reglas de la sana crítica*, Madrid, Editorial Le Ley, 2015.

Barrios González Boris. *Teoría de la sana crítica*, en www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pd, consultado julio 25 de 2023.

Benfeld Johann. "*Los orígenes del concepto de 'sana crítica'*" en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXV, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 569 a 585; https://www.redalyc.org/pdf/1738/173829696018.pdf, consultado julio 25 de 2023.

Couture Eduardo J. *Las reglas de la sana crítica*. Montevideo, Editorial Ius, 1990.

Cuello Iriarte Gustavo. *La sana crítica. Sistema de valoración de la prueba*. Bogotá, Universidad Javeriana, 2007.

Cusi Ana loca José Luis. *Sana crítica. La garantía del debido proceso constitucional y seguridad jurídica*. España, Olenka Ediciones, 2022.

Den ti Vittorio. *Estudios de derecho probatorio*. Buenos Aires, Ejea, 1974.

Gaona Cruz Manuel. *Clases mecanografiadas de Teoría del Estado de la cátedra respectiva en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia*,1984.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *La lucha por los Derechos en el Derecho Disciplinario*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *Derecho Procesal Disciplinario Judicial*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2015.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *Pruebas y Policía Judicial Disciplinaria*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2015.

Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal*. Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *Regímenes sobre cargas probatorias y distribución de la carga probatoria en materias penales y disciplinarias. Modelos europeos y colombiano*. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2023.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *La culpabilidad en el derecho disciplinario colombiano principio y categoría dogmática*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2023.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *La defensa técnica en el derecho procesal disciplinario colombiano*. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2023.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Gómez Barranco María Marta. *Teorías del Injusto y de la Norma*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Gutiérrez De Piñeres Botero Carolina. *Epistemo-*

logía y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas. Bogotá, Editorial Nueva Jurídica, 2022.

Londoño Ayala César Augusto. *Derecho Procesal Penal. Persona humana, debido proceso, seguridad jurídica, democracia (apuntaciones históricas)*. Bogotá, ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Parra Quijano Jairo. *Tratado de la Prueba judicial Tomo II, La Confesión*. Bogotá, Librería del Profesional, 1985.

Parra Quijano Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, Librería ediciones del Profesional Ltda., 2009.

Rusconi Maximiliano. *El sistema penal desde las garantías constitucionales*. Buenos Aires, Hammurabi, 2023.

Rusconi Maximiliano. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2016.

Taruffo Michelle. *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, Perfecto Andrés Ibáñez (Trad.). Madrid, Marcial Pons, 2023.

Tschadek O. *La prueba*. Bogotá, Editorial Temis, 1982.

Volk Klaus, Ambos Kai & Castro Cuenca Carlos. *Derecho procesal penal alemán y colombiano*, SEM Sandoval Reyes, Rodolfo González Espinosa & Gustavo Urquizo Videla (Tras.). Bogotá, Asociación de Göttingen, Editorial Temis, EDPAL, 2023.

Weezel Alex Van. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

VEINTEAVO ESTUDIO

Construcción teórica sobre tipologías de subprincipios derivados de principios con amplio reconocimiento

INTRODUCCIÓN

Sobre la teoría de los principios ya nos hemos ocupado en esta misma Colección serial de trabajos relacionados con estrategias defensoriales, concretamente en la No 16, titulada "La interpretación por principios y su consolidación legal, doctrinal y jurisprudencial en Colombia".

Los principios encarnan la justicia material, más allá de la formal, habida cuenta que conforme al principio de ética de la justicia o moralismo jurídico "la validez del derecho, y con ello el contenido del sistema jurídico, se determina, parcialmente, según criterios alternativos respecto a los del positivismo jurídico", esto es, el punto de vista de la justicia no está anclado en la ley y mucho menos en su texto o gramática, sino en lo "objetivamente correcto" que viene determinado o cifrado o codificado "mediante la subordinación hermenéutica a la capacidad de razón de la ley" que demanda su incorporación a través de "un modo argumentativo al sistema del derecho válido", bien por obra de los "principios jurídicos generales" o bien mediante el "derecho natural"[137]; agregaríamos en este último evento, en cuanto así lo permita el ordenamiento jurídico de que se trate, lo cual es obviamente fundamentable en Colombia a través de lo dispuesto en los artículos 5 y 94 de la Carta Política, y vía 93 de la misma, según lo establecido en los artículo 29 literales c) y d) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esto es, claro que "los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios. La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales. Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio"[138], luego entonces, también aquellos subprincipios que se deriven de los principios llevan ínsito y en su esencia las propiedades básicas de aquéllos, convirtién-

[137] Cfr. Ulfried Neumann. "La verdad en el derecho" en La pretensión de verdad en el derecho, Mauricio Hernández (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 38 y 39.

[138] Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992.

dose en poderosos instrumentos de defensa, por lo que se hace necesario desarrollar una teoría que facilite y permita su utilización como estrategia de defensa tanto en los procesos penales como disciplinarios.

En esta oportunidad queremos insistir en la importancia del tema, pero con énfasis en la idea de un desarrollo de una dogmática dinámica y abierta, en aquello que refleje una nueva perspectiva de garantías, acorde con una visión compatible del Derecho Penal con los derechos humanos en evolución o en constante progreso de acuerdo con Sistema Interamericano -OEA-, reiterando la necesidad de su conceptualización sistemática, pero con miras a la problemática.

Significa lo anterior que tengamos que recalcar en el concepto desde el punto de vista contextual, pero más allá de los sistemático y teleológico, enfatizando en lo axiológico y sociológico, esto es, más allá de la tradición griega antigua otorgada al concepto de principio. Principio como origen y como fundamento de todo lo demás que le sigue, de lo cual se deriva lo otro, aquello que "*da razón de*" en cuanto "*principium essendi*" y/o "*principium cognoscendi*", prefiriendo aquel parecer o criterio donde ambos se funden en uno solo, pero sí, si se quiere dinamizar el concepto de principio y hacerlo continuo, entender que existen "principios superiores o primeros principios como prima principia o *prima dignitates*"[139], papel que cumplen los principios de dignidad humana, solidaridad[140] e interés general[141] como *principium essendi* (artículos 1 de la Carta Política y 1 de la Ley 599 de 2000) por un lado, y por otro los de proporcionalidad (Estado de Derecho), distribución (Estado Democrático) y necesidad-prevención (Estado Social) como *principium cognoscendi*, consustanciales o inherentes a aquellos pero más con una matización instrumental que sustancial, como además otros dependientes o derivados de ellos.

Implica ello que, en términos filosóficos, partamos del concepto de principios como aquello que da origen al sistema, entendido como "*sistema conceptual*" que se ocupa de "*reglas o normas*". Este sistema es un "conjunto de elementos relacionados entre sí funcionalmente, de modo que cada ele-

[139] José Ferrater Mora & Josep-María Terricabras. Diccionario de Filosofía Tomo III K/P, Barcelona, Ariel, 2009, p. 2.907.

[140] La solidaridad, también ligada a ella íntimamente el interés general, se revelan por la antropología como principios inmanentes y fundantes de todas las legislaciones antiguas y actuales como principios, esto es, tales fundamentos antropológicos "hacen posible la irradiación del orden jurídico en el sentido integrador de la solidaridad": Rafael Estrada Michel. "Solidaridad extralegal y antropología jurídica" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 214.

[141] El principio del interés general apareció muy temprano en lo jurídico como principio informador de la solidaridad: Federico Procchi. "En Estratonicea en el 127 D.C. Tras las huellas de una función social de la propiedad privada embrionaria: el emperador Adriano y la restauración coactiva de la casa de Tiberio Claudio Sócrates" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 17 y ss.

mento del sistema es función de algún otro elemento, no habiendo ningún elemento aislado"[142]. Sin embargo, esto aplica solo en principio, ya que el sistema real subyacente o que configura el entorno social, político y económico *-considerando que pensamos que el punto de partida arranca de un sistema cerrado pero con tolerancia de apertura o con vocación de abierto-* en cuanto a necesidades político-criminales y político-constitucionales-convencionales, no puede ser visto como dogma inmodificable, so pretexto de mantener asegurada una justicia formal a pesar de sacrificar a la justicia material.

En este sentido, partimos de Kant, quien concibe el sistema "como un todo del conocimiento ordenado según principios" con la finalidad de conseguir una "unidad organizada", misma que se presenta como "un orden que crece desde adentro". No obstante, no entendemos esto simplemente como meras y sucesivas agregaciones, sino con el aporte de Nicolai Hartmann, quien postula que además de la dirección sistemática es admisible la problemática. La sistemática se ocupa de "la edificación de grandes construcciones unitarias, que son al mismo tiempo profundización de problemas, pero que pretenden principalmente una solución global, casi siempre a partir de principios considerados '*verdaderamente últimos*' (que es lo mismo que decir '*verdaderamente primeros*')"; mientras que la problemática "abarca los esfuerzos encaminados a la dilucidación, aclaración y profundización de los problemas". De todos modos, se acepta, que "no hay oposición de principio entre problema y sistema. El sistema es la estática del pensar; el problema la dinámica del pensar", por lo que no resultaría admisible adherirse a un sistema cerrado como tal, debiendo tener cabida un sistema abierto, que "sin perder ninguna de las ventajas de la ordenación sistemática, sea capaz de acoger nuevos problemas y de modificarse continuamente"[143].

Así, entonces, existirán sistemas formales, especialmente vinculados con disciplinas formales y relacionadas con el cálculo, en cuanto presuponen un ejercicio lógico puro y en la medida en que solo son entendibles "cuando las partes que dan razón de otras son los mismos principios, los cuales deben reducirse a un mínimo". Estos sistemas se presentan como "una serie de proposiciones dispuestas en tal forma que de algunas de estas proposiciones llamadas '*axiomas*' (o '*postulados*', se derivan otras proposiciones con ayuda de ciertas reglas de inferencia)". Pero también, ya en un plano no meramente formal, diríamos informado por la experiencia, más allá de "principios en tanto máximas generales abstractas, supuestamente evidentes", aparecen otros principios: *i)* "en tanto que suposiciones o hipótesis, ulteriormente comprobables por medio de la experiencia"; o, *ii)* "extraídos de la consulta a la experiencia y del examen de

[142] José Ferrater Mora & Josep-María Terricabras. Diccionario de Filosofía Tomo IV Q/Z, Barcelona, Ariel, 2009, p. 3.305.

[143] Ferrater Mora & Terricabras, Diccionario de Filosofía Tomo IV Q/Z, ob. cit., pp. 3.306 y 3.307.

hechos bien comprobados"[144], lo que surge de la praxis derivada de la aplicación de la teoría a la realidad.

Conectar necesariamente, como tiene que ser, los principios penales sustanciales y procesales con los derechos humanos constitucionales y convencionales en la forma efectiva y eficiente conlleva derivar otros principios de su esencia o de su conocimiento. Esto se basa en la idea de que existen principios formales o nominados reconocidos histórica e institucionalmente (expresos o explícitos) y principios innominados que surgen de los anteriores (tácitos o implícitos)[145].

Tal preceptiva es evidente, toda vez que normativamente así se ha reconocido en el máximo nivel de las fuentes del Derecho internacional y nacional, como se puede apreciar a partir de un examen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta Política colombiana de 1991.

La Convención Americana, dentro de sus reglas hermenéuticas, que son a la vez establecimiento de fuentes del Derecho de aplicación directa e inmediata, dispone en su artículo 29, literal c), que:

> *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (Resaltado fuera de texto).*

En otras palabras, se reconoce normativamente lo dispuesto en otros instrumentos internacionales de derechos humanos sobre el origen genético de los mismos a partir de la dignidad humana y la democracia, como son las declaraciones de derechos y lo dispuesto en los preámbulos de las convenciones, dándole especial relevancia a lo dispuesto en el artículo 31, numeral 2.º, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual "para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos" (Resaltado fuera de texto).

El inciso 1.º del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa, de manera contundente, que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". De esto se desprende, sin duda alguna, que el principio superior es la dignidad humana y de su esencia derivan otros que le son consustanciales en tanto *principium essendi*, los cuales pueden ser nominados (artículo 29 de la Convención Americana, numerales, literales a., b. y d.) o innominados (literal c. *ibidem*).

---

[144] Ferrater Mora & Terricabras, Diccionario de Filosofía Tomo IV Q/Z, ob. cit., p. 3.308.

[145] Muy claro y contundente sobre ello Óscar Pérez de la Fuente & March H. Vallés. "Solidaridad: aspectos filosóficos, jurídicos, políticos, sociológicos y antropológicos" en La idea de solidaridad en el Derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 143.

También así se deduce del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su dos primeros incisos establece que "los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" y "estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana" (Resaltado fuera de texto).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes proclama que "los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre" (Resaltado fuera de texto).

De igual trato aparece el inciso 1º del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar como "su propósito [el] de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"[146] (Resaltado fuera de texto), puesto que, como dice su inciso 2º, tales "derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana" (Resaltado fuera de texto).

Los derechos humanos innominados son aquellos que no aparecen expresa y directamente consignados en los instrumentos internacionales, pero son inherentes a la dignidad del ser humano y al principio democrático de gobierno, como lo asegura el literal c) del artículo 29 de la Convención Americana y lo ratifica la Carta Política de 1991 al disponer:

> *Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.*
>
> *Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.*

(Resaltados fuera de textos).

Esto es, como lo indica el artículo 5 constitucional, existen derechos fundamentales constitucionales no positivizados, aquellos inherentes a la dignidad de la persona que se consideran inalienables o, como lo señala el artículo 94, "otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente" en la Carta Política o en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En disposiciones internacionales y nacionales encontramos irrefutablemente consignada una teoría de una sistemática de numerus apertus consagratoria de derechos humanos

[146] También así el inciso 3.º del Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

desde el punto de vista sustancial; sin embargo, esto se ratifica cuando también se consagran los instrumentos procesales como vías o vectores para hacer viable dicha configuración, no dependiente de una formulación normativa en las cartas políticas o en las leyes, de creación pretoriana, toda vez que se dispone en el artículo 2 de las Convención Americana sobre Derechos Humanos:

> *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Resaltado fuera de texto)*[147].

Obviamente, una medida de otro carácter diferente a las legislativas, con fuerza normativa suficiente, idónea, eficaz y efectiva, solo puede consistir en decisiones judiciales, a partir de una interpretación armónica del artículo 93 de la Carta Política colombiana y su artículo perteneciente a los derechos y garantías constitucionales en lo concerniente a su protección y aplicación:

> *TÍTULO II*
>
> *DE LOS DERECHOS, LAS GARANTÍAS Y LOS DEBERES*
>
> *CAPÍTULO 4*
>
> *DE LA PROTECCIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS*
>
> *Artículo 85. Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.*

La norma convencional es más amplia y con mayores niveles de garantía, pues la nacional limita a derechos expresamente señalados, mientras que aquella se refiere a todos los derechos convencionales de que dan cuenta los artículos 1 y 29 en sus cuatro literales. En consecuencia, aquí se aplica la regla del *pro homine* o *pro libertate* de que da cuenta este último, reconocida con contundencia por la Corte Constitucional en la Sentencia C-030 de 2023.

Tales principios fundamentales tienen pleno reconocimiento y anclaje en el artículo 3, literal e), de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la cual se postula que "todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga", con el fin de obtener la "justicia y la seguridad sociales" (literal j *ibidem*), en un marco de respeto de "los derechos fundamentales de la persona humana" (literal l *ibidem*).

Finalmente, por si llegara a existir alguna duda, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es con-

[147] Igual disposición consagra el artículo 2, numeral 2.º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

tundente en consignar el recurso judicial eficaz y efectivo para hacer real y material el cumplimiento de los derechos humanos allí reconocidos, tanto los nominados como los innominados, al establecer:

Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (Resaltado fuera de texto).

La construcción teórica efectuada por la teoría jurídica de posguerra, más allá del positivismo jurídico legalista o decimonónico de preguerra -*Segunda Guerra Mundial*-, ha quedado atrás con todas sus vicisitudes ancladas en el poder por el poder o la fuerza por la fuerza, en aquello que según Kelsen justificaba que la ley tuviera cualquier contenido, incluso contra ético o moral con tal de que así lo hubiere determinado la mayoría relativizante que imponía la regla democrática[148]. También se aparta de la visión de Radbruch, quien argumentaba que, ante la imposibilidad de determinar lo que es justo por su aspecto relativo y perdido en la evanescencia de la subjetivación de criterios múltiples y diferentes, debe precisarse lo legal por encima de lo justo y, por esa vía, hacerlos equivalentes a la idea de Derecho. Por último, la postura de Somló[149]-[150], quien en el ámbito académico endiosaba al positi-

[148] Así "todo contenido imaginable puede ser Derecho. No hay ningún comportamiento humano que, como tal, y en virtud de su contenido, quede imposibilitado de ser contenido de una norma jurídica", citado en Hans Welzel. Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material, Felipe González Vicén (Trad.), Madrid, Aguilar, 1974, p. 259.

[149] El "poder soberano puede imponer todo contenido jurídico, incluso el absolutamente inmoral". Afirmaba que las normas "jurídicas son obra del Estado, las convencionales son creación de la sociedad" (Consultar en https://www.studocu.com/latam/document/universidad-jose-cecilio-del-valle/derechos-humanos/doctrina-de-felix-somlo/12311031, visto el 13 de agosto de 2023). Prescindía de lo sustancial y privilegiaba los normativo-formal en cuanto era lo constitutivo de los aspectos fundamentales de los conceptos jurídicos (Consultar en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/10.pdf, visto el 13 de agosto de 2023).

[150] García Máynez afirma sobre Somló, el exponente por excelencia del positivismo jurídico o la jurisprudencia técnica, que: "dispone, indaga su estructura y pregunta qué hay que

vismo en gracia de discusión académica, afirmó que si el legislador disponía normativamente que todos los niños que nacieran con ojos azules debían ser condenados a la muerte, el juez así debía proceder, sin chistar sobre lo justo o injusto de la medida.

Con el advenimiento del constitucionalismo moderno, las virtudes antaño del positivismo legal se han potenciado exponencialmente. Esto ha llevado a que el ideal de la justicia formal se convierta en una realidad de la justicia material, inclinando la balanza con la ponderación y la plausibilidad en favor de esta y en contra de la seguridad jurídica formal, para postular la necesidad de seguridad jurídica material que le apunte a la meta de los contenidos y no de la mera y llana utopía quimérica de los formulismos silogísticos. En este contexto, el Derecho de posguerra se entiende como justicia en su contenido[151], un producto o plus de la interpretación de la ley que va más allá de su texto, lo que incluye no solo sus proposiciones explícitas y directas, sino también las implícitas o derivadas y aquellas impuestas por la necesaria, inexorable e indefectible exigencia perentoria de los principios, valores y derechos constitucionales-convencionales (Corte Constitucional, sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2004 y C-634 de 2011).

Así, bajo tales orientaciones, Zaczyk sostiene, desde la fundamentación del Derecho, que para llegar a la noción del "*Derecho correcto*" es imperioso el raciocinio jurídico a partir de la fundamentación interna de la norma, pero también de la externa para fundar la idea de justicia. Esta tarea no se puede llevar a cabo por sí misma con "la simple instauración del poder", toda vez que "la coacción solamente se puede fundamentar como Derecho cuando el Derecho mismo esté fundamentado en cuanto al contenido; sin esta fundamentación no hay criterio para diferenciar coerción jurídica de fuerza y arbitrariedad"[152].

Sin duda alguna, en el estado actual del conocimiento, ello viene impuesto por el

---

entender por norma jurídica, qué elementos constantes tienen las del derecho, y de qué modo es posible distinguirlas de otras especies normativas de regulación del obrar. Una investigación de tal jaez no se refiere ya a factores materiales, sino a formas jurídicas, si bien conviene no olvidar que 'las categorías de forma y contenido figuran entre las más relativas y subjetivas en todo el ámbito del pensamiento, y que lo que en cierto respecto es forma, puede no serlo en otro' [...] la norma [en realidad], constituye su supuesto, y su trabajo ha de hallarse concluido [con su promulgación]". Esto es, con "toda nitidez separa las distintas comarcas de la Teoría Jurídica Fundamental, la Axiología Jurídica, la Política Legislativa y la Historia del Derecho" (Eduardo García Máynez. Diánoia, vol. 7, n.° 7, 1961, en https://www.bing.com/search?q=EDUARDO+GARCÍA+MAYNEZ.+Diánoia%-2C+vol.+7%2C+no+7%2C+1961+&form=ANSPH1&refig=0e89adbb5f484880a852761541f-7d913&pc=U531, consultado el 13 de agosto de 2023).

[151] Ampliamente, afirmando que "el Derecho no es idéntico sin más con el mandato de un poder dado" (Welzel, Introducción a la filosofía del Derecho, ob. cit., pp. 230 y ss. Especialmente pp. 259 y ss).

[152] Rainer Zaczyk. "Sobre la fundamentación en el Derecho" en Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho, Jorge Fernando Perdomo Torres & María del Rosario Picasso (Trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 17y 18.

Derecho supranacional de los derechos humanos; es decir, por el Orden Público Internacional de estos, configurado a partir de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 28[153] de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En este sentido, la moralidad no es ajena al Derecho, como lo reconoce su Preámbulo al afirmar que indefectiblemente resulta necesario y "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho". Este valor normativo no se puede desconocer si se atiende correctamente lo dispuesto en los artículo 31, numeral 2.º, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y artículo 29, literal d), de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto, no en vano el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su Preámbulo (artículo 31, numeral 2.º, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) lo siguiente:

> *Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.*
>
> *El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre.*
>
> *Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.*
>
> *Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.*
>
> *Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.*
>
> *Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre. (Resaltado fuera de texto).*

Es obvio, sin lugar a dudas, si los deberes morales apoyan conceptualmente y fundamentan a los jurídicos y es deber de todos, sin excluir a los jueces de todos los órdenes y niveles, acatar la moral, quien o quienes de ellos se apeguen al positivismo jurídico legalista y decimonónico traicionan al Orden Público Internacional de los Derechos Humanos y a la Carta Política colombiana. En ello es contundente la Corte Constitucional; solo basta con leer, sin prevención alguna, la Sentencia C-030 de 2023, con ponencia de los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Juan Carlos Cortés González, en su párrafos núms. 107, 147, 158, 166, 171, 175, 179, 183, 188 –la Convención Americana se constituye en "código

[153] "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".

genético del sistema jurídico nacional [...] parte integral, fundacional y orientadora del orden jurídico vigente"–, y los párrafos 195, 196 a 198, 202, 204, 276 y 292, para convencerse de la conceptualización y del mandato que como imperativo categórico impone el orden internacional.

Por supuesto, los textos o disposiciones jurídicas traen proposiciones jurídicas expresas o explícitas y tácitas o implícitas derivadas de aquellas (Corte Constitucional, sentencias C-192 de 2017, C-312 de 2017 y C-325 de 2021). A ello se refiere especialmente la Sentencia C-030 de 2023 cuando se refiere a "Principios implícitos y referencias tácitas" (Párrafos núms. 124 y 125) y, cuando se refiere a subprincipios constitucionales-convencionales, a lo que denomina "Subreglas Constitucionales" (Párrafo N.°351).

Pensar y practicar lo contrario traiciona al Derecho y a la justicia, aun cuando pueda mantenerse dentro de lo legal, pues como dice "Habermas [nos encontramos frente a la] **pretensión de legitimidad,** dicho en punto al desafío de la teoría filosófica de la justicia, cual es contactar la **idea** con la **realidad**, es decir resolver la tensión entre la necesidad de que las decisiones sean consistentes con el ordenamiento y la exigencia de que las decisiones estén fundamentadas racionalmente, para que sean aceptadas por los miembros de la comunidad jurídica como decisiones racionales". Dicho de otro modo, "la justicia como corrección, [esto es] [...] la corrección se relaciona con la justicia material [...] Así, la pretensión de justicia es un caso especial de la pretensión de corrección -Alexy- o de legitimidad, usando el lenguaje habermasiano. Es por ello que señala que la justicia es corrección en relación con la distribución y la compensación. Alexy utiliza la justicia material como un límite al Derecho, el que se define sustancialmente por el núcleo de los derechos humanos"[154].

La Corte Constitucional colombiana ha sido muy clara en el valor de los principios constitucionales, especialmente de aquellos consignados como principios fundamentales en su Título I. En la Sentencia 1287 de 2001, la Corte establece:

> *[...] es clara la existencia de normas que reconocen valores y de normas de principios dentro de nuestra Constitución, cuya ubicación inicial dentro de su texto y la forma abierta de su redacción, no dejan duda acerca de su papel como referente hermenéutico, que determina el sentido en que deben ser interpretadas todas las demás normas del texto superior y del ordenamiento jurídico en general, en cuanto señalan, con diverso grado de*

[154] Antonio Leiva Rabael. "Corrección y facticidad: Justicia y democracia" en Revista de Derecho N.° 18 Montevideo, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho, 2018 en www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932018000200139, consultado el 13 de agosto de 2023. Muy pertinente sobre el tema en https://www.researchgate.net/publication/39678077_Justicia_como_correccion, consultado el 13 de agosto de 2023.

concreción, los fines esenciales por los que propende el Estado.

Principios y subprincipios responden a una naturaleza y técnica normativa muy diferente a la que gobierna las reglas, toda vez que las primeras son abiertas y las segundas son cerradas desde las perspectivas de circunstancialidad que contienen en su regulación.

Por ello, Prieto Sanchis señala claramente que solo ante las reglas resulta posible "determinar exhaustivamente los supuestos de hecho de su aplicación", de lo cual forma parte, como ejemplo paradigmático, el principio de igualdad, habida cuenta de que no es posible determinar en abstracto *ex ante*, lo que es igual tratar lo igual y lo que es desigual tratar lo desigual, sino determinable en el futuro en concreto o *ex post*, lo que es desigual frente a lo igual[155].

La importancia de estas propuestas, orientadas a ampliar los horizontes de la defensa pública a través de la concepción de los principios constitucionales y convencionales, se refleja muy paradigmática y ejemplificativamente con ambición de extensividad e intensividad con la utilización de dos principios muy valiosos para el constitucionalismo social moderno: la solidaridad y la buena fe. Las implicaciones e imbricaciones podemos encontrarlas sugeridas claramente por Arbeláez Jaramillo en la obra citada con anterioridad, máxime si la conectamos con el concepto de "justicia social".

Justicia social, solidaridad y justicia material se encuentran imbricadas e indisolublemente unidas, pues justicia y solidaridad son actualmente inseparables, siendo de consideración especial la relación con la reciprocidad[156]. El cambio del Estado de derecho puramente liberal al social, que implicó el advenimiento de nuestra Carta Política de 1991, se constituye en un giro significativo del concepto de lo justo como "justo social" como se observa en su Preámbulo y artículo 2. Este tránsito fue muy bien descrito por Sabrinni-Chatelard como la sumatoria del equilibrio al concepto de libertad en pos de la igualdad material y el significativo reconocimiento de los intereses del colectivo y la solidaridad, de tal manera que lo justo tiene que serlo como justo socialmente aceptable o lo justo inherente al concepto de Derecho[157]. Por esta razón, afirma que es necesario considerar que cada uno de ellos obra de manera autónoma e independiente, aunque coordinadamente[158].

---

[155] Citado por Juanita Arbeláez Jaramillo. "La solidaridad como remedio para reequilibrar los intereses de las partes: breves reflexiones sobre sus diferencias con la buena fe" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 642.

[156] Cfr. Gabriel Amengual. "Las tensiones del concepto de solidaridad" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 227 y ss.

[157] Cfr. Fernanda Sabrinni-Chatelard. "El papel de la solidaridad en la protección de los profesionales contra las cláusulas abusivas: un análisis comparado del derecho brasileño a la luz del derecho francés" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 829 a 833.

[158] Cfr. Arbeláez Jaramillo, La solidaridad como remedio para reequilibrar los intereses de

Es claro que desde antaño, como consta en las tragedias griegas *-el mito de Polinice-*, es preciso excluir de lo obligatorio aquellas leyes injustas, dado que, como dice la doctrina más difundida en la actualidad citando a San Agustín, "una ley injusta no es una ley"[159], lo cual fue postulado por Radbruch y se retomó en el constitucionalismo moderno. Esta opinión fue difundida entre los más importantes autores como Alexy, sobre lo cual Dreier mencionó que había que superar "una ciencia jurídica estrechada por el positivismo", esto es, "la dogmática y la teoría jurídica han de estar comprometidas con un concepto jurídico modificado ética y jurídicamente" [160]. En fin, Neumann proclama que "hay que garantizar que las reglas y decisiones jurídicas respondan a las exigencias que, bajo el punto de vista de lo justo y de la razón práctica, puedan ser necesarias en la actividad de la justicia"[161].

Así, entonces, no solo la norma debe considerarse consustancial con la idea de justicia en sentido material, sino también las decisiones judiciales, pues si lo primero es de exigencia de elemental justicia, lo segundo en cuanto trasunta lo contenido en la ley, también debe estar prendado de tal principio. No resultan admisibles las terribles y dislocadas frases del positivismo jurídico de principios del siglo pasado cuando un autor de nombre Pagenstecher afirmaba que "si no lo que el juez declara no es la verdad, lo que él declara (como cierto) se vuelve verdad". Al ser citado por Neumann, este recibe como respuesta: una tal forma de pensar es rechazable, habida cuenta de que en ella "la corrección (en el sentido jurídico-material) y la obligatoriedad todavía son pensadas como idénticas". En consecuencia, concluye que "la destrucción de la obligatoriedad mediante la extrema y obvia inexactitud de la sentencia, se vuelve claro en la prevaleciente y reconocida posibilidad de la nimiedad de una decisión toscamente falsa"[162].

He allí las bases filosófico-jurídicas y convencionales-constitucionales de la propuesta que a continuación efectuaremos.

---

las partes, ob. cit., pp. 630 y ss.

[159] Citado por Sabrinni-Chatelard, El papel de la solidaridad en la protección de los profesionales contra las cláusulas abusivas, ob. cit., pp. 829 a 833.

[160] Cfr. Ulfried Neumann. "El Radbruch de Ralf Dreier" en La pretensión de verdad en el derecho Mauricio Hernández (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 155 y 156.

[161] Cfr. Neumann, La verdad en el derecho, ob. cit., p. 46 .

[162] Cfr. Neumann, La verdad en el derecho, ob. cit., pp. 61 y 63.

Capítulo 1
Fundamentación en el principio de justicia material

La interpretación por principios conduce de manera eficaz, efectiva y eficiente a la consecución de la justicia material, toda vez que tiene que ver con los principios como esencia (*principium essendi*) y más allá de su entendimiento, como principios conocimiento (*principium cognoscendi*).

La disputa entre positivistas jurídicos e *ius naturalistas* partidarios del contenido moral o ético del derecho sufrió un importante cambio en la filosofía de los valores y en la doctrina neokantiana[163]. En esta última, principalmente en Radbruch, se distinguía claramente entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura, siendo neutra la primera y la segunda valorativa, pero en cuanto al objeto de la valoración, no jugando papel determinante la valoración del objeto como tal, esto es, el resultado del juicio sobre el objeto[164].

Lo anterior conllevaba, necesariamente, a una equiparación entre ley, Derecho y justicia, homologación que implicaba que aún las leyes injustas eran constitutivas de Derecho, muy a pesar de que el ideal trascendental filosófico postulaba la necesidad de hacer justicia. En otras palabras, uno era el concepto filosófico trascendental de justicia y otro, incluso contrario, el que podría contener la ley como derecho[165].

Radbruch, cuyo perfil positivista hoy se niega igual que el *ius naturalista*, concluía necesariamente en tal postura debido al concepto relativista de los valores. Así, lo positivo o negativo de este, muy a pesar de que el objeto regulado era valorativo, el concepto de lo justo como valor del objeto era definido por el legislador que era quien, con su poder y fuerza, tenía la aptitud y actitud para imponerlo. En lo justo y lo adecuado a derecho, a pesar de constituirse en un desiderátum de la actividad legislativa, dado que no era posible determinar con certidumbre lo que era justo, se imponía definir lo que era legal, lo cual se vertía como contenido en la ley, y el juez así tenía que reconocerlo, sin posibilidad alguna de controvertir su sentido y contenido ético o moral, por lo que podía concebirse la idea

[163] Sobre el tema, véase Carlos Arturo Gómez Pavajeau & Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero. Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia: de las ciencias humanas a las ciencias humanizadas, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022, pp. 91 y ss.

[164] Santaley L. Paulson en la presentación al libro de, como también, Ulfrid Neumann. Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo. Contribuciones sobre el pensamiento jurídico de Gustav Radbruch, Luis Felipe Vergara Peña (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 15 a 25 y 41 a 54.

[165] Neumann, Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo, ob. cit., pp. 54 a 57.

de un injusto válido como derecho[166].

Es célebre su famosa pero desafortunada frase:

> *Nosotros despreciamos al Pastor que predica contra sus convicciones, pero veneramos al juez que permanece fiel a la ley sin dejarse llevar por sus sentimientos contrarios a la justicia*[167].

Ello era producto de la sobrevaloración que asignaba el positivismo jurídico a la seguridad jurídica como valor a realizar por la ley, definiendo en gran medida lo que era Derecho. Esta situación era producto de la regulación general de las relaciones y situaciones jurídicas sin distinciones, en virtud del principio de igualdad como parametrización rigurosa de situaciones y relaciones en que se encontraren los sujetos. Aquí, *per definitionem*, nos encontramos con la justicia formal fundada en la generalización del tratamiento legal para todos los destinatarios[168].

Dos fórmulas, antes de 1945, utilizó Radbruch para "relativizar su relativismo" en torno al valor justicia formal, equivalente a seguridad jurídica, planteando dos eventos en los cuales la fuerza de la vinculación jurídica de las normas, debían ceder ante la justicia material:

> *i) Cuando se quebrantaba el principio de igualdad material, pues no se trataba lo desigual como desigual, sino que se parametrizaba todo como igualdad formal, lo cual atentaba desde un principio con la justicia en sentido material. El principio de igualdad como principio de justicia tiene fuerza reguladora y, como tal, "prohíbe normas jurídicas que debido a su trato formal le fallan al principio de trato igualitario"*[169].

Así se expresaba Radbruch:

Una disposición, que nunca tuvo incorporada la voluntad de tratar igual a los iguales y los desiguales [...] debe ser rechazada como derecho, pues sólo es derecho aquello que busca servir a la justicia [...] Justicia es la idea que determina lo que es derecho como tal[170].

> *ii) Casos aberrantes de violaciones a los derechos humanos que se presentaban como manifiestamente injustos desde el punto de vista material o desde la perspectiva filosófica transcendental, pero que, siendo el derecho injusto válido formalmente, obligaban al juez, pero no al sujeto sobre el cual recaía la obligación. El juez, de todos modos, muy a pesar de entender obligatoriamente la vinculatoriedad del injusto legal, no podía obligar a un tercero a su cumplimiento por atropellar su consciencia y dignidad, esto es, "la validez del derecho queda a disposición del afectado y de su consciencia", lo cual se*

[166] Ampliamente en Welzel, Introducción a la Filosofía del Derecho, ob. cit., pp. 230.

[167] Citado por Neumann, Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo, ob. cit., p. 75.

[168] Así en Funke, citado por Neumann, Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo, ob. cit., pie de página n.° 30, pp. 107 y 116.

[169] Cfr. Neumann, El Radbruch de Ralf Dreier, ob. cit., p. 166.

[170] Citado por Neumann, Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo, ob. cit., pp. 55, 74, 81 y 142.

desmarca de una "concepción positivista del derecho y de la validez jurídica", toda vez que la justicia del derecho "no ha de ser comprendida en un sentido instrumental, sino como referencia a los mayores valores jurídicos", que no son otros que la prevalencia de la justicia material sobre la formal[171].

Ya en 1945, luego de la terrible experiencia del régimen nacional socialista alemán que desencadenó la Segunda Guerra Mundial, Radbruch ya no solo considera que el objeto de la valoración está penetrado por los valores, sino que también los valores deben realizarse en la valoración del objeto, reconociendo sin ambages que la justicia fundada en la dignidad humana y los derechos humanos tiene que imponerse frente a la seguridad jurídica. Por lo tanto, ya no es posible entender un "*no derecho válido*", sino que la ley injusta pierde toda calidad jurídica y toda su validez vinculante, lo cual tiene que ser reconocido por el juez que tiene la tarea de imponer la justicia material por sobre la justicia formal.

Para entonces, ya el giro denominado la "*conversión de Damasco*", haciendo mención al célebre cambio de Saulo a Paulo en los evangelios, se había materializado, ahora postulaba categóricamente:

No se puede definir el derecho, también el derecho positivo, sino como un orden o disposición, que adquiere sentido en el servicio a la justicia [...] el no derecho sigue siendo no derecho, incluso cuando se manifiesta en forma de ley [...], [por lo que, en palabras de Neumman, se llama] a un bloqueo de la justicia "ilegal"[172].

Tales ideas fructifican muy especialmente por la idea de justicia material que se impone con el constitucionalismo moderno. Ahora, diría Radbruch, que el Derecho no solo es una ciencia orientada a valores, sino que ya el legislador debe tener como meta la valoración previa de lo justo, pues de lo contrario el juez está llamado a desconocer la vinculatoriedad jurídica de los injustos legales. En este contexto, se modifica el concepto de justicia, dado que ya no solo tendrá que tenerse en cuenta para la validez de la ley su perspectiva formal, sino fundamentalmente su correspondencia con la justicia material que, contrario a la justicia formal, origina y se constituye en "*fuente de principios jurídicos elementales*"[173].

Muy temprano estas ideas florecieron autónoma, autóctona, independiente y espectacularmente en la jurisprudencia penal colombiana, incluso ante interpretación de la Carta Constitucional de 1886, privilegiando la justicia material por encima de la formal desde el año de 1887. Esto se expresó con el reconocimiento de nulidades constitucionales no establecidas por la ley de forma taxativa y concreta, rompiendo la fórmula cerrada de la taxatividad de las nulidades, al establecer que un juicio celebra-

[171] Cfr. Neumann, El Radbruch de Ralf Dreier, ob. cit., pp. 161, 162, 165 a 167.

[172] Citado por Neumann, Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo, ob. cit., pp. 57, 61 y 63.

[173] Citado por Neumann, Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo, ob. cit., pp. 81, 82, 83 y 117.

do sin la presencia del procesado detenido, sin constancia de que hubiese renunciado a estar presente personalmente en la audiencia oral pública, constituía nulidad que los jueces en cualquier instancia debían declarar oficiosamente[174].

Esta decisión resultó muy criticada por casi tres cuartos de siglo hasta que, entre 1956 y 1961, la Corte Suprema de Justicia, seguramente influida por las enseñanzas de los filósofos alemanes previamente mencionados, retomó la eficacia y eficiencia material de las nulidades constitucionales para la defensa de las garantías procesales, incluso para los derechos de la Parte Civil, de tal manera que si el legislador omitía desarrollar garantías reconocidas en la Constitución, o el juez no remediaba su conculcamiento, era preciso que ello se reconociera por cualquier otro juez en el curso del proceso de manera oficiosa[175]. Esto implicaba claramente que el juez penal actuaba como juez constitucional, anticipándose a lo que posteriormente se reconocería en los artículos 85 y 86 de la Carta Política de 1991.

En consecuencia, resulta claro para la nueva concepción de la filosofía del derecho y de la justicia de posguerra, que deviene inmanente y consustancial a las cartas políticas modernas o de corte material-sustancial, que la "validez y corrección" de la ley deben marchar juntas y sin posibilidad de desajustes, para la consideración de un mínimo de justicia, lo cual requiere una ponderación. Tal situación, de presentarse en la práctica, ya complementando el solo punto de vista trascendental, da pábulo a una filosofía práctica que puede dar origen a un derecho de resistencia, afirma Neumann. Ya el concepto jurídico del Derecho no puede discrepar del concepto filosófico; no existen dos justicias o valoraciones de lo justo diferentes. En fin, la justicia en términos transcendentales debe coincidir con aquella producto del ejercicio de una filosofía práctica[176].

Incluso quienes no abrazan con demasiado fervor la tesis de la progresiva moralización del Derecho actual con base en la teoría constitucional moderna, son partidarios de la diferencia entre Derecho y ley. Esto sucede con Prieto Sanchís, quien cita a Alexy por su opinión de que debe existir una argumentación moral en el campo de la argumentación jurídica. A falta de la imposibilidad de comprender que el Derecho practique una moral correcta, de lo cual Sanchís no es fervoroso partidario, manifiesta que los principios sí pueden introducir una interpretación plausible moralmente si también lo son los principios de los cuales parte. No necesariamente de los principios generales del derecho antiguamente conocidos, pero sí de los "principios constitucionales explícitos" y su valor moral crítico racional deducido de su contenido mismo, que no es otra

[174] Tribunal Superior de Santa Marta, auto del 24 de abril de 1887, Fernando Garavito A. (Relator). Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (años 1891-1908), Tomo II -L-V- Cita No 3.691, Bogotá, Imprenta Nacional, 1908, p. 160.

[175] Particularmente cfr. sentencias de 1956 -Gaceta Judicial Tomo LXXXIII, pp. 309 y 310- y 1961 -Gaceta Judicial Tomo LXXXIII, p. 310-.

[176] Citado por Neumann, Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo, ob. cit., pp. 95, 105, 109, 110 y 114.

que "la moral social o mayoritaria del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico"[177].

Nuestra jurisprudencia constitucional ha sostenido tal enfoque, puesto que ha dicho que "la complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica". Es decir, "es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y [un aumento] de la importancia material (justicia) de la ley"[178].

La pretensión de corrección se edifica en el pilar de la justicia material[179] y esta se ancla en la "*justicia social*" como se establece en el Preámbulo de la Carta Política colombiana, que demanda un orden jurídico, político y social justo, lo que se confirma con lo dispuesto en el artículo 2 *ibidem*. La justicia y su componente social son elementos de común denominador para la fundamentación de los derechos humanos, tal como puede verse en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El concepto de justicia social está, además, vinculado estrechamente con el principio

[177] Luis Prieto Sanchís. "Diez argumentos sobre los principios" en Jueces para la democracia N.º 26, 1996, pp. 48 y 49, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174663#:~:text=Diez%20argumentos%20sobre%20los%20principios%20Autores%3A%20Luis%20Prieto,democracia%2C%20ISSN%201133-0627%2C%20Nº%20 26%2C%201996%2C%20págs.%2041-49, consultado el 19 de agosto de 2023.

[178] Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

[179] Para el efecto, consultar Robert Alexi, Eugenio Bulygin & Paula Gaido. La pretensión de corrección del derecho. La polémica completa entre Alexi y Bulygin sobre la relación entre derecho y moral, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

de solidaridad[180], cumpliendo la finalidad de evitar, en casos extraordinarios, que el *suma inuria* se convierta en consecuencia inexorable de la aplicación ciega y mecánica de la ley[181]. La solidaridad, por tanto, no es meramente un principio moral sino un "*concepto jurídico*", por supuesto con efectos indesconocibles[182].

Radbruch, cuando hablaba de "justicia social"[183], hacía referencia al principio de justicia material o corrección, y como también se vio, es un derrotero necesario e imperativo en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

La jurisprudencia es contundente al precisar que "los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales[184]"[185].

Sobre la pretensión de corrección ya hemos discernido en nuestro trabajo "La interpretación por principios y su consolidación legal, doctrinal y jurisprudencial en Colombia", así:

> *La pretensión de corrección material de la ley, a través del Derecho, es algo a lo que no puede renunciar un ordenamiento constitucional, precisamente dada por la separación clara de los conceptos Ley por un lado y Derecho y Justicia por otro. Aquí subyace como argumento "al deber jurídico como deber ético y a la cuestión a ella vinculada de la legitimidad de los sistemas jurídicos y de las normas jurídicas aisladas" y allí, de manera muy especial, entra en juego la cuestión de los principios, cuya ocupación es la vida cotidiana, cuya operatividad se reclama cuando nos encontramos frente a los casos en los cuales la injusticia de la ley refulge como problemática, especialmente en los caos dudosos y difíciles, en virtud de los cuales -los principios- el juez "está autorizado por el derecho positivo -de una manera básicamente igual a la del le-*

[180] Cfr., pues además cita a Habermas como precursor de la idea de que justicia y solidaridad "son dos caras de la misma moneda". Refiere que, la orientación conocida como modelo de compenetración de la solidaridad "comprende a todos los demás principios" y, además, va "más allá de la estricta justicia" o justicia formal, lo que permite un salto de la igualdad formal a la igualdad material (Aránzazu Novales Alquézar. "Virtudes y valores: caridad y solidaridad" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 78, 83, 90, 92 y 111).

[181] Cfr. Andrea Landi. "In pauperes misericordiam excerceres. Algunas notas sobre la calificación de los hospitales como lugares píos en el derecho común" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 43 y 44.

[182] Cfr. Pérez de la Fuente & Vallés, Solidaridad, ob. cit., p. 125.

[183] Citado por Neumann, Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo, ob. cit., p. 42.

[184] Luciano Parejo Alfonso. Constitución y valores del ordenamiento, en Estudios sobre la Constitución Española, Madrid, Cívitas,1991.

[185] Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

gislador- a crear nuevo derecho sobre la base de pautas extrajurídicas", de manera que la distinción normas reglas y normas principios en cuanto éstos implican ponderación y mandatos de optimización, implican un plus de operatividad frente a aquéllas, toda vez que los sistemas constitucionales han incorporado a los sistemas jurídicos "los principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del Estado como principios del derecho positivo", por tanto "ningún positivista discutirá esto siempre que admita que, además de las reglas, también los principios pertenecen al sistema jurídico"[186].

Así, en consecuencia, se ligan los argumentos esbozados: "La tesis de la corrección es el resultado de una aplicación del argumento de la corrección dentro del marco del argumento de los principios ... Conjuntamente exigen la realización aproximada de un ideal jurídico, es decir, el ideal del Estado de derecho democrático y social [...] La pretensión de corrección implica una pretensión de fundamentabilidad [...] el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por lo tanto, de una moral correcta". Para determinar lo que "justo o injusto", la clave para dilucidarlo está en "la pretensión de fundamentabilidad implicada por la pretensión de corrección"[187]*, a través de, por supuesto, la aplicación, interpretación y ponderación de los principios.*

El rasgo definitivo y definitorio de la posición de Alexy estriba en apartarse del positivismo decimonónico introduciendo, al lado de las típicas funciones positivistas del derecho de los principios de legalidad conforme al ordenamiento jurídico y la eficacia social, el de la pretensión de corrección del contenido del mismo, lo que presupone una conexión conceptual entre Moral y Derecho, que ya de antaño se reconocía en el positivismo legalista o decimonónico "a través de la inclusión y argumentos morales en el derecho"[188]*, lo que se producía vía integración e interpretación de los "principios generales del derecho" como se ha visto.*

La pretensión de corrección material es un rasgo distintivo del constitucionalismo moderno, no bastan las decisiones judiciales respetuosas de la lógica formal o silogística, se requiere que las decisiones sean material y sustancialmente justas, pues lo contrario legitimaría cualquier decisión fundada sólo en el poder o la coacción, pero se requiere que "la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho" sea "necesaria y no meramente contingente", con lo que la "idea de

[186] Robert Alexy. El concepto y la validez del derecho, Jorge M. Seña (Trad.), Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 40 y ss, y 68 y ss.

[187] Alexy, El concepto y la validez del derecho, ob. cit., pp. 81 y ss.

[188] Robert Alexy. La institucionalización de la justicia, José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero & Pablo Rodríguez (Trads.), Granada, Editorial Comares, 2005, pp. 17 y ss.

justicia se incorpora al concepto de Derecho", lo cual se produce con el reconocimiento de la esencialidad de los Derechos Fundamentales, criterios que guían la consecución de la justicia material, lo cual se logra a través de la ponderación, con un reconocimiento de la primacía del valor moral sobre la mera y llana seguridad jurídica.

Para dicho entendimiento cabal es necesario entender que, cuando se trata de legitimar las decisiones judiciales resulta importante el papel que cumple el discurso -argumentos y contra argumentos- y la teoría jurídica, ante la contingencia temporal, pluralidad cultural y la ideología, el cual tiene que estar presidido por la pretensión de corrección en la formulación de las manifestaciones del lenguaje que se tiene entre los participantes de la comunicación, con lo cual se reemplaza la antigua pretensión de poder que se fundaba en la coacción o la fuerza, por fuera de los cauces de la racionalidad y razonabilidad cuando se trata de establecer las categorías de lo justo o injusto, especialmente cuando existen problemas de fallas del ordenamiento jurídico asociadas a las deficiencias de plenitud y coherencia del mismo. En fin, tal discernimiento se predica, tanto de la ley como de la decisión judicial[189].

Esa pretensión de corrección va referida a toda medida legislativa y a toda decisión judicial, es algo de lo que no nos podemos escapar, pues hace parte de la naturaleza humana que debate, pregunta y afirma que a medida que se razona por las personas, ello cual aparece implícito en toda proposición jurídica, muy especialmente por cuanto los casos de injusticia manifiesta no pueden ser solucionados vía intuición, pues requiere razonamientos complejos, con participación plúrima de personas, ante una evidente diversidad cultural y de intereses que genera una contingencia reflexiva, lo que reclama una teoría bien construida del discurso racional, con miras a cumplir con la pretensión de corrección[190].

La pretensión de corrección que aparece implícita en el discurso jurídico, dependiente de la naturaleza humana, se revela explícita en la Carta Política de Colombia, toda vez que, su Preámbulo y artículo 2, establecen perentoriamente que las autoridades públicas deben propender en el ejercicio de sus funciones por el establecimiento de un orden justo.

De allí que la legalidad formal y su fuente de generación, como son las reglas de las mayorías democráticas, tienen que ser sometidas a control, toda vez que, como señala Ernesto Benda, "también bajo la democracia puede darse la injusticia material sin perjuicio de las formalidades del Estado de Derecho"; claro está, bajo la for-

[189] Alexy, La institucionalización de la justicia, ob. cit., pp. 31 y ss.

[190] Alexy, La institucionalización de la justicia, ob. cit., pp. 69 y ss.

ma de la concepción "clásica" de este, lo cual tiene que ser renovado bajo la cláusula del Estado social y a partir de la imposición de los derechos fundamentales que se privilegian "frente a las decisiones de la representación popular, esto es, frente a la letra de la ley", toda vez que si así no fuera, del Estado de derecho solo quedaría un "caparazón vacío", incluso si se respetaran sus "formas tradicionales"[191] *(Resaltado fuera de texto).*

Si la justicia material es el instrumento a través del cual se logra la corrección material de las injusticias legales, así como también la de la aplicación por el juez de la norma a partir exclusivamente de los formalismos textuales, la democracia participativa permite y faculta a la defensa a controlar el poder, en este caso, el poder de los jueces como expresión específica del género poder político, de conformidad con los artículos 40[192] y 95 numerales 5.º[193] y 7.º[194] de la Carta Política.

Bechara Llanos expresa que por virtud de la constitucionalización del Derecho, y por supuesto de su efecto inmediato, la constitucionalización de todas las ramas del Derecho y de la legislación se "ha trasladado toda la intensión –*como conjunto de características o rasgos definitorios, referencia o sentido*– de la ciencia jurídica hacia la materialización de los derechos y garantías, presentándose bajo el esquema teórico de *los principios y las garantías del estado constitucional* [...] en aplicación del *derecho material constitucional* ... en la 'búsqueda de la justicia material'". Es precisa "la observancia real del principio de justicia y razonabilidad" para el logro de la "justicia material"[195].

Los principios rectores son la esencia y orientación del sistema, reza el artículo 13 de la Ley 599 de 2000; prevalecen sobre las normas reglas y condicionan su interpretación, pues son expresiones de los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales consignados en la parte dogmática de la Carta Política, sobre cuyo valor se ha dicho que "la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma [...] No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y

[191] Ernesto Benda. "El Estado Social de Derecho" en Manual de Derecho Constitucional, Antonio López Pina (Trad.), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 487 y ss.

[192] "Todo ciudadano tiene derecho a participar en [...] el control del poder político".

[193] "Son deberes de la persona y del ciudadano [...] participar en la vida política [...] del país".

[194] "Son deberes de la persona y del ciudadano [...] colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia".

[195] Cfr. Abaham Zamir Bechara Llanos. Jurisprudencia de Principios. Metodología para la interpretación judicial de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Norte, 2019, pp. 15, 26, 31 y 70.

derechos fundamentales"[196], por supuesto tampoco, con mayor razón, de lo contemplado en la ley por virtud de una interpretación lógica *ad maior ad minus*.

Por tanto, es claro, a la luz del artículo 27 de la Ley 906 de 2004, aplicable también al proceso penal regido por la Ley 600 de 2000 por virtud del principio de integración, así como a los procesos disciplinarios de las leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019, que el juez debe atender la jurisprudencia constitucional[197]:

> *Como lo afirma la doctrina, "el derecho material determina el programa que debe ser desarrollado" y la "responsabilidad por la solución justa de los casos particulares se traslada progresivamente de la ley al tribunal"*[198].
>
> *La Corte Constitucional ha dicho que "los principios expresan normas para el presente" y, por sí mismos, "los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial"*[199].
>
> *El Estado Social comporta una "pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos", dice la jurisprudencia constitucional. Agrega que la pretensión racionalista de prever todos los conflictos y asignarles jurídicamente por la norma una solución es algo infructuoso, requiriéndose, por tanto, un juez que sirva "para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad", desplazándose la importancia de la validez formal y material contenida pretendidamente en la ley, hacia la decisión judicial en tanto compromiso con "la defensa de los contenidos materiales"*[200].
>
> *La jurisprudencia constitucional reconoce un nuevo papel del juez, el órgano del Estado mejor adaptado para ajustarse a la "realidad viviente de los litigios", el mejor capacitado para "lograr una adaptación del derecho a la realidad social" y por tanto concluye contundentemente:*
>
> *a) La Carta Política de 1991 ha adoptado una nueva estrategia para asegurar la eficacia de los derechos*

---

[196] Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

[197] Así, en nuestro trabajo de esta colección Tomo I, Carlos Arturo Gómez Pavajeau. "El Derecho Penal y Disciplinario constitucionales en Colombia. Necesaria referencia al pensamiento y obra de Nódier Agudelo Betancur".

[198] Klaus Volk. *"Los principios del proceso penal y la sociedad posmoderna: contradicciones y perspectivas"* en Constitución y sistema acusatorio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

[199] Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, en Gaceta Constitucional Tomo 2, junio de 1992, p. 199.

[200] Ibidem, pp. 196 y 197.

fundamentales, consistente en "otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales"; y,

b) Para ello entiende que "el juez, en el Estado Social de Derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido, la legislación y la decisión son procesos de creación de derecho", lo cual se logra con la utilización de una "lógica de lo razonable"[201].

En consecuencia, debe atenderse muy claramente:

Principios y valores constitucionales

7. Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.

a-. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico[202] *pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.*

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradien todo el tramado institucional.

Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y,

[201] Ibidem, pp. 200, 201 y 210.

[202] R. Dworkin. Questioni di principio, Milano, Il Saggiatore, 1985, pp. 5 y ss.

en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos. Esto no impide que la Corte pueda, e incluso deba, en ciertos casos, valerse de ellos para resolver una situación específica o para valorar otras normas o instituciones; sin embargo, ello sólo sería posible dentro de una interpretación global de los hechos y del derecho y no como normas de aplicación inmediata suficientes por sí solas para fundamentar la decisión judicial. Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto.

b-. Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo,

siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta[203]*, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto*[204]*.*

Es así como, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia constitucional, hemos escrito en nuestro trabajo sobre principios rectores:

Y ello tiene que ser así, de manera lógica en sentido formal y material, habida cuenta que el ideal de justicia material es "consustancial al Estado Social de Derecho que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales"[205]*. El principio de justicia material ha sido calificado como "un valor superior del orden constitucional"*[206] *y, por tanto, es deber del juez "hacer efectivo el principio de justicia material"*[207]*, lo que impone la idea según la cual "el juez del Estado Social de Derecho debe optar necesariamente por satisfacer las exigencias concretas de la justicia material"*[208]*.*

Aquí, como bien lo expresa Chevalier, es irrenunciable la tarea del juez de

[203] Hans Peter Schneider. Democracia y Constitución, Madrid, C.E.C,1991, p. 48.
[204] Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.
[205] Corte Constitucional, Sentencia T- 53 de 1994. Reiterada por la Sentencia T-084 de 1998.
[206] Ibidem, Sentencia C-004 de 2003.
[207] Ibidem, Sentencia C-199 de 2002.
[208] Ibidem, Sentencia T-597 de 1992.

"ampliar la visión del Estado de derecho, superando la visión formal con la adopción de un punto de vista substancial"[209].

Es posible que el principio de justicia material "entre en conflicto con otros principios como el de certeza, seguridad y objetividad jurídica, caso en el cual, sino no se tratare de normas prohibitivas o de mandato, la ponderación jurídica impone su prevalencia; puesto que "el principio de justicia material podría prevalecer sobre cualquier consideración legal"[210] *y sobre criterios formales*[211].

Empero, "la búsqueda de un ideal de justicia material consagrado en la Carta, no puede confundirse con la posibilidad de que cada uno reclame la concreción de ese propósito desde su particular perspectiva y según su concepción de lo justo"[212], *por lo cual, la interpretación tiene que estar fundada en los valores objetivos del sistema.*

Se puede comprender así, dentro de este contexto, el por qué el artículo 13 del Código Penal de 2000 enseña que las normas rectoras "constituyen la esencia y orientación del sistema penal". Pero también el valor normativo integral del artículo 13 del Código Penal resulta aplicable al Derecho Disciplinario, puesto que no va en contra de su naturaleza, tal concepto no se regula en sus códigos y así lo disponen vía integrativa los artículos 21 de la Ley 734 de 2002, 16 de la Ley 1123 de 2007 y 22 de la Ley 1952 de 2019.

En fin, dice la jurisprudencia constitucional:

[...] el aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 ('Las actuaciones [de

[209] Jacques Chevallier. El Estado de Derecho, Oswaldo Pérez Orozco (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 113.
[210] Ibidem, Sentencia T-058 de 1995.
[211] Ibidem, Sentencia T-339 de 1997.
[212] Ibidem, Sentencia C-651 de 1997.

la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial') (Resaltado fuera de texto)[213].

Y en ese papel definitorio del juez en el reconocimiento de los principios, valores y derechos constitucionales; la fuente de energía más poderosa es la del valor-institución de la justicia material, puesto que sobre la misma ha dicho contundentemente la Corte Constitucional en la Sentencia T-429 de 1994:

El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales (Resaltado fuera de texto).

Esto resulta aplicable y exigible, sin distinción alguna, para los jueces penales y disciplinarios, tanto en sentido formal-orgánico como en sentido material, pues así lo ha dicho de manera reiterada, sólida, pacífica y coherente la jurisprudencia constitucional, especialmente la misma Sentencia T-429 de 1994:

Dicho principio es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o actúa sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias.

Dentro de un Estado Social de Derecho, el contenido de toda decisión discrecional de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, debe corresponder, en primer término a la ley, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo (artículos 2° de la C.P. y 39 del C.C.A.) y responder a la idea de la justicia material.

La decisión [...] no posee una justificación racional, pues el argumento -conveniencia nacional- no sólo es opuesto a la idea de justicia y a la realidad, sino que además desatiende el centro y razón de ser del ordenamiento constitucional mismo, como es la persona humana y su dignidad (Resaltado fuera de texto).

Lo formal debe ceder ante lo justo materialmente. Así se estableció en la Sentencia T-352 de 2012:

En esta medida, se puede entonces concluir, que es innegable la importancia que tienen las formalidades o ritos dentro de los procesos judiciales, pues dichas formas buscan garantizar el respeto de un debido proceso. No obstante, en la aplicación de dichas formalidades no se deben sacrificar in-

[213] Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

justificadamente derechos subjetivos, pues precisamente el fin del derecho procesal es contribuir a la realización de los mismos y fortalecer la obtención de una verdadera justicia material (Fundamento Jurídico 3.1.1) (Resaltado fuera de texto).

Así lo reitera, de manera contundente, en la Sentencia T-339 de 2015, al señalar:

[...] la aplicación de este principio es de carácter obligatorio dentro de las actuaciones y decisiones de la Administración cuando define situaciones jurídicas, las cuales además de ajustarse al ordenamiento jurídico y de ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa o motivo, deben responder a la idea de la justicia material", por lo que se da origen a una causal de procedibilidad de la acción de tutela, recalca la anterior sentencia, "cuando existan fundadas razones para considerar que su falta de actividad puede abandonar el sendero de la justicia material[214]*", toda vez que "en el marco de un Estado que considera la administración de justicia como un derecho fundamental, la pretensión de los operadores judiciales debe consistir en impartir justicia material" (Resaltado fuera de texto).*

En esta misma sentencia, importantísima para lo que nos concierne en este trabajo, se dijo de manera amplia:

4. Derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, el principio de la justicia material y la prevalencia del derecho sustancial[215]*.*

4.1. El artículo 229 de la Constitución Política consagra el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. Este derecho ha sido definido como "la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes"[216]*.*

De igual forma, el artículo 228 de la Carta establece que la administración de justicia es función pública y se concreta en la independencia de sus decisiones, en la prevalencia del derecho sustancial y en su funcionamiento desconcentrado y autónomo. Según ha sido sostenido por la Corte, dichas características "impiden que la garantía de su acceso se vea limitada a una perspectiva formal y, en contrario, obligan a que las controversias sometidas al estudio de la jurisdicción obtengan una decisión de fondo que otorgue certidumbre sobre la titulari-

[214] Sentencia T-264 de 2009.

[215] La base argumentativa y jurisprudencial expuesta en este capítulo hace parte de las sentencias C-666 de 1996, T-134 de 2004 y T-794 de 2011.

[216] Sentencia C-279 de 2013. Cfr. Sentencia C-1083 de 2005.

dad y el ejercicio de los derechos objeto de litigio"[217].

Bajo esa línea, esta Corporación ha entendido que el acceso a la administración de justicia es un derecho directamente relacionado con la justicia como valor fundamental de la Constitución, que "otorga a los individuos una garantía real y efectiva que busca asegurar la realización material de este, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión"[218]*. Al respecto ha sostenido lo siguiente:*

"En este sentido, el derecho a acceder a la justicia contribuye de manera decidida a la realización material de los fines esenciales e inmediatos del Estado, tales como los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas[219]*.*

En este marco, la administración de justicia se convierte también en el medio a través del cual se asegura el acceso al servicio público de la administración de justicia, pues sin su previo reconocimiento, no podrían hacerse plenamente efectivas el conjunto de garantías sustanciales e instrumentales que han sido estatuidas para gobernar y desarrollar la actuación judicial[220]*.*

El fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra especialmente en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, así como también en los artículos 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"[221]*.*

4.2. Desde sus primeros pronunciamientos la Corte se ha referido al principio de la justicia material señalando que el mismo "se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales"[222]*.*

No obstante, este Tribunal también ha manifestado que el principio de la justicia material no puede ser considerado como absoluto en cuanto a su aplicación para la determinación de

[217] Sentencia T-134 de 2011.
[218] Sentencia C-279 de 2013.
[219] Cfr. Sentencia C-426 de 2002 y C-1177 de 2005.
[220] Sentencia C-426 de 2002.
[221] Sentencia C-279 de 2013.
[222] Sentencia T-618 de 2013. Cfr. Sentencia T-429 de 1994.

una situación jurídica. En este sentido, ha sostenido que dicho supuesto es "insostenible teóricamente e impracticable judicialmente" dado que se estarían desconociendo las formalidades establecidas para el reconocimiento del derecho en beneficio de una consideración fáctica[223].

La aplicación de este principio es de carácter obligatorio dentro de las actuaciones y decisiones de la Administración cuando define situaciones jurídicas, las cuales además de ajustarse al ordenamiento jurídico y de ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa o motivo, deben responder a la idea de la justicia material[224]*. De igual forma, lo es en la función ejercida por los jueces en el análisis de los casos concretos, quienes dentro del estudio probatorio deben evitar incurrir en el exceso ritual manifiesto, en la inobservancia del material probatorio, y por el contrario han de sujetarse a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, como la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas*[225].

4.3. En definitiva, tanto la actividad estatal como la función de administración de justicia están sometidas a la aplicación de los requisitos, formas y procedimientos establecidos para la demostración de los hechos que llevan al reconocimiento de los derechos reclamados. Sin embargo, en aras de la efectiva protección de las garantías fundamentales se deben ponderar tales requisitos con los demás principios que conforman el ordenamiento jurídico, para que sus decisiones no se basen únicamente en la observancia de la ritualidad sino en las condiciones específicas del afectado y las circunstancias particulares del caso concreto (Resaltado fuera de texto).

La Sentencia T-339 de 2015 ratificó la Sentencia T-950 de 2011, donde se afirmó que se origina una causal de procedibilidad de la acción de tutela cuando tiene lugar tal vicio en la actividad del juez penal "por un ceñimiento extremo y aplicación mecánica de las normas jurídicas, la entidad demandada renunció conscientemente a la verdad jurídica objetiva que muestran los hechos y por consiguiente sacrificó la justicia material, la prevalencia del derecho sustancial y al acceso efectivo a la administración de justicia", lo que muestra la conexión sustancial e inescindible entre dichos tres valores constitucionales fundamentales. Así entonces, dice contundentemente, que cuando ello sucede y no se atienden los mandatos constitucionales del artículo 2 y 228, se incurre viola y desconoce "el deber que irradia cualquier actuación de los operadores judiciales y que consiste en impartir justicia material", habida cuenta de que "i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad [son] dos mandatos, [que] a su vez, constituyen el ideal de la justicia mate-

[223] Sentencia T-618 de 2013. Cfr. Sentencia T-058 de 1995.

[224] Ibidem.

[225] Sentencia T-618 de 2013. Cfr. sentencias T-1306 de 2001 y T-352 de 2012.

rial" (Resaltado fuera de texto).

Finalmente, en un ámbito de imbricación de principios constitucionales, es preciso citar la Sentencia T-608 de 2015:

> *[...] principio se manifiesta en la protección de los derechos constitucionales a la salud, a la seguridad social, a la vivienda digna, al trabajo y en la adopción del criterio de necesidades básicas para la distribución del gasto público, entre otros. Dentro de esas diversas manifestaciones se encuentra además el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, que exige la adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados, así como la protección especial de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta*[226].
>
> *El principio de solidaridad es el "deber impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo", que impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar a sus congéneres, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental*[227].
>
> *En el mismo sentido, implica el deber del Estado de garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todos los ciudadanos, para lo cual debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad*[228]*. Ello, claro está, sin que se convierta en benefactor ni sus actuaciones en obra de caridad, "sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones"*[229]*. Sobre el particular ha sostenido este Tribunal:*
>
> *"La Corte Constitucional, en retirada jurisprudencia, ha señalado que el principio de solidaridad, que consagra la Carta Política, asigna al Estado Colombiano un prisma de deberes de ineludible cumplimiento que buscan alcanzar la realización material de los derechos individuales y de aquellos que responden a una connotación social y económica, cuya satisfacción en el Estado Social de Derecho se convierte en una condición indispensable para garantizar el bienestar general de los habitantes del territorio nacional.*
>
> *Así pues, le corresponde al Estado ejecutar actos y formular políticas de intervención de carácter positivo tendientes a garantizar los derechos de los individuos, sin que ello implique*

[226] Sentencia T-516 de 2009.
[227] Sentencia T-550 de 1994. Reiterada en la Sentencia T-413 de 2013.
[228] Ibidem.
[229] Ibidem.

necesariamente una conversión radical a un Estado benefactor del cual dependan todas las personas, pues su razón de ser se concreta justamente en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones. En esa medida, la función esencial del Estado consiste en proteger al individuo y garantizarle condiciones reales para que pueda ejercer las libertades y los derechos de manera autónoma"[230].

Siendo así, aunque las personas individualmente consideradas tienen el deber de solidaridad social, es el Estado el primer llamado a asumir las cargas positivas propias de ese principio. Lo anterior, en razón a que el mismo Constituyente definió sobre las autoridades estatales la obligación de garantizar la dignidad humana y efectividad de los derechos, deberes y

[230] Sentencia T-025 de 2015. En esa oportunidad, la Corte estudió la acción de tutela interpuesta por dos ciudadanas como agentes oficiosas de sus padres, en la cual relataron los siguientes hechos: (i) sus padres, de 78 y 75 años de edad, eran beneficiarios de los programas "Colombia Mayor" y "Red Unidos" para la superación de la pobreza extrema; (ii) residían en las veredas Naipes y San Julián de Barbacoas del municipio de Peque; (iii) dicho subsidio económico era consignado cada dos meses, en la sucursal del Banco Agrario ubicada en la cabecera municipal de Peque; (iv) las mencionadas veredas no tienen carreteras sino caminos de herradura; están ubicadas a aproximadamente 8 horas a pie o en lomo de mula del casco urbano del municipio de Peque; (v) los afectados no podían cobrar directamente los subsidios por motivos de salud y de distancia entre sus viviendas y la entidad financiera, por lo que les otorgaron poder a sus hijas para que, en su nombre, reclamaran el subsidio; (vi) dichos documentos no fueron autenticados ante notario o juez porque, en primer lugar, en la entidad territorial no existe notaría y la más cercana está a 4 horas en vehículo o 18 horas a pie, en el municipio de Ituango y, en segundo lugar, el Juzgado Promiscuo municipal de Peque está ubicado en la cabecera municipal; es decir, aproximadamente a 8 horas de camino de su lugar de residencia; (viii) la sucursal del Banco Agrario no aceptó los mencionados poderes porque no cumplían con los requisitos establecidos en el Manual de Operaciones del programa "Colombia Mayor" dentro de los cuales se encuentra que el poder debe estar autenticado por un notario o juez de la República; y una de las causas por las cuales los beneficiarios de "Colombia Mayor" pueden ser excluidos del programa y en consecuencia, perder los subsidios, es por el no cobro consecutivo de los auxilios. La Sala Cuarta de Revisión consideró que obligar a los adultos mayores agenciados a desplazarse a la cabecera municipal, en condiciones inhumanas, para que pudieran cobrar directamente el subsidio del programa "Colombia Mayor" o autenticar el poder otorgado a un tercero para que, en su nombre, lo reclamara, era una carga desproporcionada que ocasionaba la vulneración de sus derechos fundamentales a una vida digna y a un mínimo vital. A su juicio, el Estado, en virtud del principio de solidaridad, debía entrar a garantizar las condiciones para que dichos ancianos pudieran disfrutar plenamente de sus derechos. En consecuencia, concedió la protección de los derechos fundamentales de los agenciados y ordenó a la Juez Promiscuo Municipal de Peque, Antioquia, desplazarse, cada dos meses, a la zona rural del municipio a autenticar las huellas y firmas de los adultos mayores, beneficiarios del programa "Colombia Mayor" que no pudieran cobrar, directamente, el subsidio y otorgan poder a un tercero, para que en su nombre y representación, lo reclame.

principios consagrados en la Carta[231].

Uno de los grupos poblacionales que la Corte ha reconocido como sujetos de especial protección constitucional son las personas sumidas en situación de pobreza extrema. Al respecto, ha señalado que emana del Estado el deber de atención a aquellos carentes de recursos económicos necesarios para una cóngrua subsistencia o que no tienen la capacidad de trabajar por motivos de edad o salud[232]*. Sobre este punto señaló:*

"La solidaridad implica que, dentro de nuestra sociedad, por existir numerosas personas que se encuentran en difícil situación económica requieren de la asistencia mutua de todos los estamentos gubernamentales y sociales. Tal solidaridad se torna fundamental frente a la evidente precariedad económica de nuestro estado social de derecho"[233]*.*

De esa forma, ha hecho énfasis en la protección especial de quienes, además de no contar con ingresos suficientes, se encuentran en una edad avanzada, y ha señalado que "cuando además de

[231] Sentencia T-516 de 2009.

[232] Sentencia T-207 de 2013. En esa ocasión este Tribunal conoció la acción de tutela presentada por un ciudadano contra la alcaldía municipal y la Secretaría de Bienestar Social de Pasto, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Consorcio Prosperar. El accionante recibía un subsidio económico como beneficiario del Programa de Protección Social al Adulto Mayor de la Secretaría de Bienestar Social de Pasto, que le permitía cubrir sus necesidades de alimentación, aseo, vestuario y medicamentos no POS, constituyendo su único ingreso, del cual fue retirado bajo el argumento de ser propietario de más de un inmueble. La Corte desarrolló, entre otras, algunas consideraciones sobre la solidaridad y la dignidad humanas como principios esenciales del concepto del Estado social de derecho, y los principios de confianza legítima y de respeto por el acto propio. Señaló que los postulados de la solidaridad y del respeto a la dignidad humana "le imponen a las autoridades la obligación de brindar una especial protección a los adultos mayores en condición de pobreza, en virtud de la doble situación de debilidad en la que se encuentran", y concluyó, respecto del caso concreto, que las entidades accionadas adoptaron la decisión de retirar al accionante del programa de Protección Social al Adulto Mayor al considerar que se encontraba inmerso en la causal de ser propietario de más de un inmueble, sin haber verificado las condiciones reales en las que se encontraba y desconociendo que: (i) por el solo hecho de estar en el programa era presumible su condición de vulnerabilidad (pobreza y vejez); (ii) los predios que sustentaron la medida se encontraban con folios cerrados, lo cual implicaba que estos habían sido fraccionados o englobados y por ende no permitían conocer la realidad acerca de los derechos de dominio; (iii) era una persona de 82 años con serias dificultades de salud (parkinson, enfermedades de la piel y pérdida casi total de la visión y el oído); y (iv) no percibía ingresos propios sino que dependía de la ayuda que un hermano. Con sustento en lo anterior, revocó las decisiones de los jueces de instancia. En su lugar, concedió la protección invocada y ordenó a las entidades accionadas llevar a cabo las actuaciones necesarias para la reinclusión del actor al Programa de Protección Social al Adulto Mayor, en las mismas condiciones en las que estaba antes de ser excluido del mismo.

[233] Sentencia T-730 de 2010.

las condiciones de pobreza las capacidades físicas o psíquicas que permiten la autodeterminación de la persona en estado de [pobreza] se han visto disminuidas, surge un deber de atención a esta por parte del Estado de dirigir su conducta al apoyo de este miembro de la sociedad"[234].

El principio de solidaridad implica entonces el deber, principalmente del Estado, de llevar a cabo las políticas de intervención necesarias dirigidas a garantizar los derechos de los individuos, especialmente, de aquellos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o vulnerabilidad, ya sea por su edad, su estado de salud o su situación socio económica.

Tal deber comprende la realización de las actuaciones necesarias para dotar de condiciones mínimas de vida digna a todos los ciudadanos, sin que ello signifique la conversión del Estado social de derecho a un Estado benefactor. Siendo así, no puede olvidarse que también existe la obligación en cabeza de cada individuo de velar por el autocuidado y desarrollo de las capacidades que le permitan lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones y proyectos de vida.

Como se puede apreciar de todos los principios explícitos e implícitos constitucionales mencionados, en tanto norma de normas conforme al artículo 4 constitucional, pero además repotenciados con los principios convencionales, amén de su producción de subprincipios, surgen derechos, deberes y obligaciones constitucionales-convencionales que estructuran una base sólida de naturaleza normativo-axiológica-sociológica para superar la estrechez de la justicia formal y darle cabida a la justicia material por parte de los funcionarios judiciales.

El valor normativo y jerárquico de los principios hoy no se discute, incluso los positivistas valorativistas así lo aceptan, pues Prieto Sanchís es contundente en afirmar que los principios tienen el valor de la fuente del derecho donde se encuentren, si en la Constitución son normas constitucionales, si en la ley son normas legales[235]. Ahora, para nosotros en Colombia además debe decirse que según el artículo 13 de la Ley 599 de 2000 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los principios tienen un valor superior que las normas legales constitutivas de reglas.

Por ello, en la Sentencia C-224 de 1994 se reafirmó contundentemente que:

La enfática prescripción del artículo 230 de la CP –"los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley"-, tiene el sentido

[234] Sentencia T-207 de 2013.

[235] Luis Prieto Sanchís. Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento jurídico. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, y "Diez argumentos sobre los principios" en Jueces para la democracia n.° 26, 1996, pp. 41 a 49, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174663#:~:text=Diez%20argumentos%20sobre%20los%20principios%20Autores%3A%20Luis%20Prieto,democracia%2C%20ISSN%201133-0627%2C%20Nº-%2026%2C%201996%2C%20págs.%2041-49, consultado el 19 de agosto de 2023.

de rodear a la actividad judicial de una plena garantía de independencia funcional frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado. La factura reactiva de la garantía revela el indicado designio. La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y de justicia.

La misión que la Constitución confía a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un orden justo (CP. art. 2), sólo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones, instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender sea la voz del ordenamiento jurídico. De ahí que la garantía se construya proclamando que la única fidelidad que liga al juez en su delicada tarea de investigar la verdad y decir el derecho sea aquélla que lo vincula con el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de la existencia de instancias y recursos, el juez aplica el derecho de acuerdo con su propia conciencia y convencimiento, basado desde luego en una determinada cultura científica y observando las reglas de la sana crítica. No está atado el juez por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de sus superiores. La aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a inaplicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla[236].

Es contundente la jurisprudencia en la Sentencia C-224 de 1994, precedente importantísimo para lo dispuesto en las sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011, al precisar:

En síntesis, nada autoriza una interpretación diferente del artículo 230. Y no sobra advertir que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómata, esclavo de la norma estricta.

No sobra advertir que, en la misma sentencia citada, la Corte rechazó la tesis según la cual el artículo 230 se refiere a la ley en sentido formal y excluye la costumbre. Por el contrario: por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo.

Destacamos la afirmación que indica que el juez "[hace] a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no

[236] Sentencia C-486 del 28 de octubre de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

puede considerarse al juez como un autómata, esclavo de la norma estricta". En este sentido, se debe tener en cuenta que ya no se trata en este trabajo de plantear la incidencia en la interpretación de un principio general del derecho, sino de los principios y subprincipios explícitos e implícitos de naturaleza constitucional, que son normas de normas y de aplicación inmediata, por encima de la ley (artículos 4, 85, 86 y 93 de la Carta Política).

De allí que la jurisprudencia anotada concluya:

> *No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.*

Y, finalmente, es importante tener en cuenta en adelante que en la Sentencia C-057 de 2021 se estableció que "los principios constitucionales o derechos fundamentales comprometidos[237]" tienen una relevancia constitucional para determinar la interpretación correcta de una norma a la luz de la interpretación conforme a la Carta Política.

El credo del positivismo jurídico grabado a sangre y fuego en la mente de los juristas leguleyos ha quedado atrás, toda vez que, con el constitucionalismo moderno, como afirma Lukas H. Meyer, hay que "despojar leyes de su validez debido a su injusticia". Esta idea es refrendada por Neumann, quien sostiene que no basta con afirmar que "las leyes injustas no son un derecho válido", sino que es además preciso "la exigencia de que no sean consideradas en la práctica jurídica". Esto se debe a que la existencia social del derecho está por encima de la ideal, lo que obliga al juez a adoptar "un concepto jurídico adecuado [que implica] negarle el reconocimiento como derecho obligatorio a ciertas leyes y convicciones jurídicas"[238].

También ello se predica de la decisión judicial. Se repite con Neumann que "la destrucción de la obligatoriedad mediante la extrema y obvia inexactitud de la sentencia, se vuelve claro en la prevaleciente y reconocida posibilidad de la nimiedad de una decisión toscamente falsa". En otras palabras, esto implica una aplicación falsa del Derecho y si "la sentencia que pretende legitimarse mediante su pretensión de exactitud, expresada en su sustentación, se desacredita mediante su inexactitud", la consecuencia obvia es su "deslegitimación en razón de su falsedad"[239].

---

[237] Sentencia C-521 de 2019.

[238] Citado por Neumann, El Radbruch de Ralf Dreier, ob. cit., pp. 172 -Cita a pie de página n.° 75- y 175.

[239] Cfr. Neumann, La verdad en el derecho, ob. cit., pp. 61, 63 a 65.

Capítulo 2
Tipología abierta y complementaria del sistema de numerus clausus de derechos convencionales y constitucionales

Es evidente que, ante la promulgación de la Carta Política de 1991, es necesario reconocer:

> *La incorporación de un modelo de Estado constitucional dio lugar a una profunda transformación de la cultura jurídica a partir, concretamente, del discurso referido a los principios y a los valores. Ese proceso representó nuevos retos para la teoría y filosofía del derecho. La adopción de los principios entendidos como límites al ejercicio del poder del Estado, fundamentos de los derechos fundamentales y normas que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento generó, como simple consecuencia lógica, cambios en la teoría jurídica derivados de la necesidad de adaptar el discurso jurídico legalista-formalista a uno axiológico-deontológico a través, a modo de ejemplo, de una reformulación de las fuentes del derecho. Así, los principios pasan de ser considerados como normas morales o auxiliares a la ley a las principales normas del ordenamiento jurídico configuradoras de la ratio de las decisiones jurisdiccionales y criterios de validez de las restantes normas*[240].

La Corte Constitucional ha expresado en la Sentencia C-054 de 2016:

> *El principio de supremacía constitucional tiene una función jerárquica, lo cual conlleva dos consecuencias. En primer lugar, implica la imposibilidad de predicar en el orden jurídico normas que tengan un nivel superior a la Constitución. Esto implica, a su vez, que aquellas normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en los términos del inciso primero del artículo 93 C.P., alcancen el mismo nivel jerárquico de la Constitución, pero no una escala superior que la subordine, por lo que son disposiciones integradas más no superpuestas a la Carta Política. La segunda faceta de la función jerárquica es la de servir de parámetro para la validez formal y material de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Las previsiones*

[240] Sergio Estrada Vélez. "La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional" en Revista Facultad de Derecho Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 41, n.° 114 Medellín Jan./June 2011, consultado en www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862011000100002

que conforman el contenido orgánico de la Constitución determinan el régimen de competencias para la producción normativa (por ejemplo, la cláusula general de competencia legislativa del Congreso de que trata el artículo 150 C.P.), al igual que los aspectos esenciales que guían el procedimiento para dicha actividad de creación del derecho legislado, así como de los reglamentos. Estas disposiciones constitucionales conforman el marco de referencia para la validez formal de las normas jurídicas. En cambio, la validez material refiere al contenido concreto de la regla jurídica correspondiente y su comparación con los postulados constitucionales. Sobre este aspecto, el artículo 4º C.P. implica que en todo caso debe preferirse la vigencia sustantiva de la Constitución cuando entre en contradicción con el contenido de una norma jurídica de inferior jerarquía. Según lo han sostenido diferentes vertientes de la teoría del derecho, dicha compatibilidad no solo se predica de las previsiones constitucionales comprendidas como reglas, sino también de los principios, valores y postulados de moralidad política que dan sentido a la Carta Política. Precisamente, el ejercicio del control de constitucionalidad es, ante todo, una comprobación acerca de la validez de las normas jurídicas.

La apertura de una metodología jurídica fundada en la aplicación y desarrollo de los principios ya debe haber quedado clara en el contexto de esta investigación, referida al carácter abierto de los principios y subprincipios diferenciados de las reglas, de las cuales emanan estas e inspiran su interpretación de las expresas o explícitas, como también de las subreglas derivadas por la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional y la doctrina probable de obligatorio cumplimiento.

El ejemplo que podemos ofrecer como guía y directriz descansa en el tratamiento de dos principios fundamentales tan caros para el constitucionalismo moderno, como también para el colombiano, como lo son el de solidaridad y buena fe (artículos 1, 83 y 95 de la Carta Política).

La solidaridad implica "la consideración de los intereses del otro, su reconocimiento, lo cual obliga a salir de la idea del ser humano aislado, individualista, para pensar en la comunidad". Su surgimiento tiene anclaje constitucional en los franceses revolucionarios del siglo XIX y su concreción en el constitucionalismo después de 1945 en cuanto a la consideración normativa de la solidaridad como "categoría fundamental del derecho" de la cual emanan expresa y explícitamente como tácita e implícitamente "deberes jurídicos" y no meramente morales como se expresa directa y contundentemente vinculante por el artículo 95 constitucional. Esto se traduce en un "conjunto de deberes, las libertades y los derechos individuales adquieren [así] una nueva y diversa perspectiva", por supuesto muy especialmente en el ámbito de las desigualdades[241], lo que resalta el

[241] Cfr. Arbeláez Jaramillo, La solidaridad como remedio para reequilibrar los intereses de

valor de los artículos 13 constitucional y 7 del Código Penal.

Cuando se habla de solidaridad, se está aplicando directa e inmediatamente la Carta Política, como lo ordena su artículo 4, ya que a su vez es un principio constitucional según su artículo 1, que también consagra el principio del Estado social, del cual emana como lo establece paladinamente Carlos Herrera[242]. Así, de manera diáfana y sin hesitación alguna, lo ha establecido la Corte Constitucional al señalar que "el principio de solidaridad, pilar sobre el cual se funda nuestro Estado Social de Derecho" demanda actuaciones específicas de las autoridades públicas y, aunque no con la misma extensividad, también a los particulares, según la Sentencia T-608 de 2015, en tanto:

> *[...] forma de cumplir con los fines propuestos por el Estado en el artículo 2º de la Carta[243] y, especialmente, es el mecanismo idóneo para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la misma[244].*

Obviamente, para los efectos penales los deberes implícitos no pueden computarse en contra del procesado, pues aquí rige en toda su dimensión el principio de legalidad y la categoría dogmática de la tipicidad, los cuales obligan a que los deberes de actuar estén expresamente consagrados en la Carta Política o en las leyes, tal como lo establecen los principios rectores consagrados en los artículos 6, 29, 121, 122, 123 y 124 de la Carta Política y artículos 6 y 10, inciso 2.º, del Código Penal, lo que se refrenda:

> **ARTÍCULO 474.** *Derogatoria. Deróganse el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican y complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales.*

Ello debe quedar claro, acudir al principio de solidaridad en derecho penal no es para perjudicar al reo, pues ello va en contra de los principios ya señalados, pero no obsta para que sí sirvan a su favor, habida cuenta que como dicen los expertos en el tema "si los derechos fundamentales desempeñan algún papel en el ámbito del derecho penal sustantivo, rigen de manera indirecta aplicando los principios del con-

---

las partes, ob. cit., pp. 630 y ss.

[242] Carlos M. Herrera. "Acerca de la extensión actual del concepto de solidaridad en derecho constitucional" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 303 y ss.

[243] Constitución Política, artículo 2.º. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[244] Sentencia T-516 de 2009. Cfr. Sentencia T-209 de 1999.

sentimiento, de las causas de justificación o de exculpación"[245].

De allí que, sin duda alguna, es pertinente anotar que si se actúa amparado en el derecho constitucional cuando se hace observando el deber de solidaridad, que implica "desplegar conductas tendentes a proteger no sólo el interés individual, sino también el de terceros"[246]. Cuando se habla de solidaridad, se lo hace en "sentido de fundamento"[247], y quien actúa de esta manera está amparado por la causal de atipicidad de obrar en "cumplimiento de un deber constitucional o legal".

Por tanto, en materia penal especialmente, y con menor impacto en la disciplinaria, las funcionalidades expansivas de los deberes son prohibidas como método de hacer justicia material para criminalizar, pues esta no puede obrar en contra del principio de legalidad y su categoría dogmática de la tipicidad por falta de ley escrita, previa, cierta y completa, como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional. No ocurre así en materias exceptivas y justificantes, pues para el efecto juega el paradigma según el cual implica la solidaridad, para cada individuo, "responsabilidad recíproca" en cuanto "pilar fundamental de la vida en comunidad" para garantizar "el interés general y la convivencia pacífica":

> *[...] luchar sus causas [de los demás] haciéndolas causa propia -según Amengual- [en cuanto existe] una tensión aparente entre individuo y la colectividad [...] [puesto que son cara de la misma moneda]*[248].

Además, tiene plena coordinación y complementariedad, imbricación en el más genuino y pleno sentido de la expresión, con el principio de buena fe, sin que se confundan y mucho menos se excluyan, actuando sinérgicamente, puesto que, como lo expresa la buena doctrina, se trata de principios constitucionales fundamentales que permean la totalidad del ordenamiento jurídico[249].

En cuanto a la buena fe, es claro que debe ser entendida en términos objetivos, y como un "juicio objetivo y no corresponde al fuero interno del sujeto", ni del que valora ni del que enjuicia valorativamente, en cuanto "parte del juicio objetivo de la conducta [no] de una -buena fe subjetiva-, y se refiere a un modelo de conducta social y a una máxima ética fundamental"[250].

---

[245] Cfr. Luis Emilio Rojas A. "Consideraciones dogmáticas en torno al tipo de omisión de socorro" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 915.

[246] Cfr. Arbeláez Jaramillo, La solidaridad como remedio para reequilibrar los intereses de las partes, ob. cit., p. 641.

[247] Cfr. Amengual, Las tensiones del concepto de solidaridad, ob. cit., p. 220.

[248] Cfr. Arbeláez Jaramillo, La solidaridad como remedio para reequilibrar los intereses de las partes, ob. cit., pp. 632 y 633.

[249] Cfr. Arbeláez Jaramillo, La solidaridad como remedio para reequilibrar los intereses de las partes, ob. cit., p. 634.

[250] Cfr. Arbeláez Jaramillo, La solidaridad como remedio para reequilibrar los intereses de las partes, ob. cit., pp. 638 y ss.

Ello implica, por ejemplo, que al valorar la conducta de un particular o de un servidor público conforme al principio de buena fe constitucional, el enjuiciamiento debe realizarlo el juez o el funcionario judicial desde su perspectiva en clave objetiva y general. A su vez, debe atender la conducta del procesado sin considerar aspectos subjetivos que desfiguren el principio constitucional y ético-axiológico de la buena fe. Aquí se actúa en un plano constitucional de los valores superiores del sistema, independientemente de lo subjetivo del sujeto cuya conducta se valora y del juez que realiza la valoración. Los únicos parámetros son la generalidad y la objetividad dentro de una concepción de la pluralidad de valores, como lo establece el Preámbulo y el artículo 1 de la Constitución, especialmente en un ámbito de reconocimiento diferencial de etnias y culturas, todas con la misma dignidad. Acudir a la subjetividad desestandariza la garantía y el derecho constitucional de la buena fe en los términos de los artículos 7 y 70, inciso 2.º, *ibidem*.

Como principios no son de aplicación fácil, en cuanto ajenos a la metodología subsuncionista propia de las reglas, pues no contienen la circunstancialidad propia de las preceptivas normativas en cuanto enuncian valores y no condiciones de tiempo, modo y lugar. Sin embargo, por su misma abstracción, reclaman su aplicación frente a hechos reales, concretos y específicos, "caso por caso", casi en una labor de equidad[251]. Para ello, debe acudirse a este concepto enunciado en el artículo 230 de la Carta Política, o como dice la doctrina: "su cumplimiento se juzga en circunstancias jurídicas concretas"[252].

El principio de equidad ha sido objeto de preocupación en la historia de la filosofía y sociología del Derecho. Incluso se afirma que Max Weber, muy a pesar de enfatizar que el Derecho continental europeo, particularmente el alemán, de finales del siglo XIX hacía énfasis en la racionalidad lógico-formal con el fin de crearlo y aplicarlo desde la perspectiva de reglas y decisiones que respondieran a lo universal y lo general, no es menos cierto que consideraba que si aspectos relacionados con valores y principios se consignaban en textos normativos se podía aspirar a una legitimidad material que fundara los fallos en equidad. Esto permitiría ir construyendo precedentes judiciales que liberaran a las decisiones judiciales de su contaminación con la política, la ética o la religión, en cuyo caso bien podría hablarse de una racionalidad material regidas por reglas-razón. Así, el fundamen-

[251] La equidad cumple un papel fundamental en la construcción del Derecho en el common law, toda vez que permitió superar las rigideces del sistema y de la misma se deriva el stare decis que implicaba que "cuando un caso jurídico tenía que ser resuelto, dicha decisión formaría una serie de reglas y principios que deberían ser seguidos en casos similares por las cortes de inferior jerarquía -incluso el respeto a la ratio decidendi se predica de la misma corte frente a casos anteriores-, haciendo que el sistema normativo fuera predecible" (Jesús Iván Mora González. Claves del Derecho Penal Inglés, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 12, 16, 27 a 31).

[252] Cfr. Arbeláez Jaramillo, La solidaridad como remedio para reequilibrar los intereses de las partes, ob. cit., pp. 639 y 640.

to de la observancia de las normas no sería exclusivamente la obediencia, la fuerza que coacciona, sino también la lealtad al Derecho, fundada en principios previamente reconocidos internamente, lo que suministra la legitimidad[253]. Todo esto recibe aceptación plena y no meramente limitada con el aporte que hacen el neokantismo y posteriormente el constitucionalismo moderno, al introducir, respectivamente, los métodos de interpretación judicial que incorporan al conceptualismo jurídico lógico formal los intereses o fines *-Jurisprudencia de intereses, incluyendo la teleológica* –, los valores *-Jurisprudencia de valores, incluyendo la sociológica-* y el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos.

Es claro que "el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución *-sus principios y sus normas-* con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho[254]"[255], todo lo cual se encuentra hoy reconocido de manera inconcusa por las sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011.

Pero además, la misma Corte Constitucional, ha destacado el carácter abierto de los derechos fundamentales, al establecer:

El carácter de derecho inherente a la persona

En ocasiones, la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita.

De aquí la importancia del artículo 94 de la Constitución según el cual, la enumeración de la carta de derechos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes al hombre no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso, histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso el criterio de la consa-

[253] David M. Truebek. El derecho y el ascenso del capitalismo según Max Weber, Jorge González Jácome (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 22 a 36.
[254] M. Capelletti. Le pouvoir des juges, Marseille, Press Universitaire d'aix-Marseille, 1990, p. 35.
[255] Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

gración expresa es insuficiente[256]*(Resaltado fuera de texto).*

La eficacia judicial es la solución para la inercia y omisión legislativas en el desarrollo de los derechos constitucionales, incluso los llamados colectivos, al precisarse por la jurisprudencia:

La falta de intervención del legislador

19. Dicho esto, el dilema que se impone es el siguiente: ante la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos-prestación del capítulo segundo título segundo de la Constitución, debe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos como desprovisto de fuerza normativa, o por el contrario, debe el juez definir el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional ?.

Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.

La solución opuesta - es decir la que supone la no intervención judicial- desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos (art.2: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados..."; Art. 5 "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables..."; Art 13 inc. 2:" El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...") y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, consagrada en el artículo 228.

20. Pero quizás lo más grave de la solución que se comenta consiste en el desconocimiento del artículo cuarto de la Constitución, en el cual se afirma que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Este

[256] Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

artículo no solo plantea un asunto relacionado con la validez de las normas constitucionales, también prescribe una clara definición en cuanto a su efectividad.

Con independencia de la función programática-finalista y de la función simbólica que sin duda ocupan un lugar importante en los preceptos sobre fines y valores, la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón , sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.

Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley. De esa manera se logra el respeto de las prioridades en materia de delimitación política de los textos fundamentales y el respeto de la superioridad jurídica de la Constitución sobre la ley. De esta manera se logra -parafraseando a Herbert Kruger- que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley[257]*-*[258]*(Resaltado fuera de texto).*

Más recientemente, dichos planteamientos han sido refrendados, con aplicación para toda clase de procesos, como una facultad inherente o constancia dirigida a toda jurisdicción, incluido los jueces disciplinarios, pues estos administran justicia en sentido material como lo establecen las sentencias C-014 de 2004, SU-905 de 2005 y T-350 de 2011. En esta última se afirmó, además, que deben aplicar los principios de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Específicamente, se ha dicho:

Lo que resulta cierto, en todo caso, aunque nuestro ordenamiento permita un sistema mixto[259]*, es que los jueces de la República "son los primeros llamados a ejercer una función directiva en la conducción de los procesos a su cargo, para lo cual el Legislador les ha otorgado la potestad de asegurar, por todos los medios legítimos a su al-*

[257] Herbert Kruger. Grundegesetz und Kartellgesetzgebung, 1950, p. 12.

[258] Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

[259] Corte Constitucional, sentencias T-264 de 2009 y T-213 de 2012

cance, que las diferentes actuaciones se lleven a cabo"[260]*. En el marco del Estado social y democrático de derecho constituido para la realización de un orden justo, se reclama un mayor dinamismo del juez y una especial sensibilidad con la realidad viviente que le rodea. Al analizar la constitucionalidad de la Ley estatutaria de justicia, la Corte explicó este propósito así:*

"Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.

Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta

[260] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos"[261] *(subrayado fuera del original).*

El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el "frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley"[262]*, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales*[263]*. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.*

El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero[264]. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, "*no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material*"[265]. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente "*la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares*"[266].

Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material[267].

El debido proceso es competencia del legislador; sin embargo, es tradicional en Colombia señalar que si tal autoridad no desarrolla lo pertinente, le corresponde al juez hacerlo y, si así no procede, se genera una nulidad del orden constitucional. Así lo acredita la jurisprudencia penal y constitucional, tal como se ha dejado estudiado en el trabajo de esta Colección Tomo I, Estudio n.° 2, titulada "La defensa técnica en el derecho procesal disciplinario colombiano", antecedentes coherentes, sólidos y pacíficos de la actual jurisprudencia constitucional sobre la materia también allí estudiada.

---

[261] Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.
[262] Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009.
[263] Ver Sentencia C-159 de 2007.
[264] Ver sentencias C-029 de 1995 y T-264 de 2009.
[265] Corte Constitucional, Sentencia T-213 de 2012.
[266] Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007.
[267] Corte Constitucional, Sentencia SU-768 de 2014.

Todo ello implica que si existe una norma en un instrumento internacional sobre derechos humanos, en la Carta Política o en la ley, incluida en esta las normas del *soft law* internacional que se incorporan vía artículo 93 constitucional o a través del artículo 4 de la Ley 1709 de 2014 como lo hemos estudiado en el trabajo de esta Colección Tomo II, Estudio No 14, titulada "Aplicación de normas del soft law de los *derechos* humanos en Colombia", se generan derechos o deberes de las personas o de los servidores públicos que tienen cabida dentro de causales de justificación o inculpabilidad como ejercicio de un derecho, de una profesión, de una actividad lícita o de un deber constitucional o legal, que implican su extensión más allá de lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 599 de 2000, 28 de la Ley 734 de 2002 y 31 de la Ley 1952 de 2019.

Pero además, por virtud de otros mecanismos que procederemos a plantear a continuación, se abren caminos para el reconocimiento de causales supralegales de atipicidad, justificación o inculpabilidad, tal como lo hemos estudiado en otros trabajos[268].

1. Subprincipios derivados de normas existentes, pero carentes o deficientes en justicia material

Incluimos aquí mecanismos que no se salen del todo de la regulación normativa tradicional en aquellos sistemas jurídicos que consignan los principios de coherencia y completud de la materia tratada.

En gran medida, ya el positivismo jurídico había preparado respuestas para los casos que se plantean, aun cuando hoy aparecen potenciadas por nuestro sistema constitucional instaurado por la Carta Política de 1991 y el desarrollo de la jurisprudencia sobre el Bloque de Constitucionalidad.

1.1. Subprincipios implícitos lógicamente en principios superiores derivados por interpretación extensiva en sus versiones ad minus ad maior –"si se prohíbe lo menos con mayor razón se prohíbe lo más"– o ad maior ad minus –"donde se puede lo mucho se puede lo poco"–

Esta tipología se presenta frente a interpretaciones de una norma que van más allá del texto literal o gramatical de la ley. No obstante, la solución dada tiene cabida dentro de su espíritu en tanto se expresa como un dato que, dada una demanda concreta de justicia material, por ejemplo, si se le prohíbe a un servidor público actuar en un caso específico, no se le podría reprochar una omisión cuando la situación concreta que se le presenta es de mayor envergadura de la que contempla la ley. Tal es el caso cuando se le prohíbe, por una norma legal, a un Inspector de Policía lanzar de un predio por ocupación de hecho a una familia cuando hay una persona enferma y desvalida (*ad minus ad maior*), pero en la situación concreta se encuentran varios menores de

[268] Para el Derecho Penal, Carlos Arturo Gómez Pavajeau & María Marta Gómez Barranco. Estudios de dogmática en el Código Penal del 2000, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020 y Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Dogmática del Derecho Disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

edad en estado de infancia, ante lo cual no se podría acusar de omisión o fraude a resolución judicial. Lo mismo ocurre cuando se trata de una permisión amplia, donde es obvio que tiene cabida una menor desde el punto de vista extensivo e intensivo, como cuando se permite por ley a la autoridad policiva la captura del delincuente en flagrante delito y además procede al registro corporal del mismo (*ad maior ad minus*).

La coherencia lógica así lo indica, muy a pesar de las palabras del legislador o creador de la norma, ante lo cual la realidad social debe permear necesariamente la interpretación de la disposición.

Pues bien, ante una ampliación significativa del orden jurídico a través del Bloque de Convencionalidad, Bloque de Constitucionalidad y Bloque de Legalidad, son múltiples y casi que infinitos los ejemplos de autorizaciones para obrar que injieran derechos ajenos o de mandatos de actuar en salvamento de dichos derechos. Estos casos podrían configurar el tipo de interpretación antes señalado, lo que amerita su extensión lógica en aras de la justicia material.

Frente a la llamada interpretación *pro homine* o *pro libertate* fundada en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en armonía con el artículo 93 constitucional, ningún problema ofrece hoy este tipo de interpretación, para lo cual la Corte Constitucional ha realizado un amplio desarrollo, según ya antes se vio, en la Sentencia C-030 de 2023.

Por ejemplo, en algunos sistemas normativos no se ha consagrado la retroactividad favorable al reo. Sin embargo, a partir de una interpretación amplia del principio de legalidad y sobre todo de su dogma acerca de que la ley solo rige hacia el futuro luego de su promulgación, lo cual descansa en la idea de la no causación de perjuicio a quien ha actuado antes de su existencia, los jueces han aceptado la interpretación retroactiva más favorable cuando la conducta inicialmente prohibida posteriormente se despenaliza o se atenúa su punibilidad o sanción [269].

Ello también puede pensarse respecto de la jurisprudencia favorable posterior a la aplicación de la ley, interpretada en su momento de manera estricta, si la ulterior comporta beneficios para el reo.

1.2. Subprincipios implícitos lógicamente en principios superiores derivados por construcción analógica in bonam partem o pro homine

En esencia, también, se trata de la aplicación del principio de legalidad interpretado en una faceta favorable al reo, lo que ha sido incluso interpretado como no procedente por cuanto quebraría lo dispuesto por la ley. No obstante, debe aclararse que no se trata de una interpretación extensiva, que en estricto sentido vendría siendo el del anterior aparte, tal como bien lo precisa la doctrina[270].

[269] Para el efecto, consultar Manuel Jaén Vallejo. Principios constitucionales y Derecho penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 26 y ss.

[270] Cfr. Jaén Vallejo, Principios constitucionales y Derecho penal moderno, ob. cit., pp. 31 a

Sin embargo, si bien la anterior tipología tiene que ver con la coherencia de la ley, esta se relaciona con su completud. Aquí, la analogía se presenta como un recurso para solventar los vacíos legislativos, con la particularidad de que, en materias de derecho sancionatorio, solo tiene cabida la analogía *in bonam partem*.

Sobre este tema nos hemos pronunciado de manera amplia en nuestro trabajo de esta misma Colección Tomo I, Estudio No 8, titulado "La analogía como el más importante instrumento del derecho de defensa y vehículo del logro de la justicia material. Su esencia en los principios rectores", al cual nos remitimos.

2. Subprincipios derivados del principio de igualdad material

Tal vez, sin duda alguna, este punto pueda ubicarse como el de inflexión en el ámbito de la rigurosidad y condicionamiento para el juez en la aplicación de la ley por parte del positivismo jurídico de antes de 1945 o en vigencia de las constituciones políticas de corte formal. Fue a partir de aquellas primeras formulaciones efectuadas por Radbruch cuando el juez podía apartarse de aquello que fuera ordenado por una ley injusta.

Hoy aparece claramente consignado en el artículo 13 de la Carta Política al establecer que las autoridades deben tratar igual lo igual y desigual lo desigual, especialmente cuando, como lo indica su inciso final, las personas se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta por razones físicas, psicológicas o económicas.

Precisamente, para el efecto, se dio un vuelco a la tradicional redacción del principio de igualdad en materia penal, al establecerse en el artículo 7 de la Ley 599 de 2000:

> *Igualdad. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del Artículo 13 de la Constitución Política*

En tres fases de la determinación de la responsabilidad y de la reacción penal, el juez debe estudiar, de oficio y concienzudamente, la situación de desigualdad en que se encuentre el procesado según la norma constitucional invocada. Incluso, somos partidarios de que allí el juez debería estar facultado para decretar pruebas de oficio[271], en cuanto se trata de la concreción de un mandato constitucional, toda vez que la expresión "especial consideración" hace referencia necesaria al juicio de ponderación, por lo que aquí encontramos el fundamento material-sustancial del artículo 27 de la Ley 906 de 2004, habida cuenta de los efectos irradiantes de los principios rectores al

35.

[271] Carlos Arturo Gómez Pavajeau & Rafael López Iglesias. Análisis de viabilidad constitucional y convencional de la licitud del decreto excepcional de la prueba de oficio dentro del proceso penal acusatorio colombiano, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

ser reputados como la "esencia y la orientación del sistema" -por supuesto aquí, la parte procesal del mismo- por el artículo 13 de la Ley 599 de 2000:

> *i) En la determinación del injusto, lo que implica lo relacionado con la tipicidad y antijuridicidad, examinando causales de atipicidad y justificación, así como atenuantes punitivos;*
>
> *ii) En la culpabilidad, examinando excusas de culpabilidad o atenuantes de reproche; y,*
>
> *iii) En la determinación y tasación cualitativa y cuantitativa de la pena y la medida de seguridad, así como también de la indemnización y la reparación integral.*

No se trata en sí de que las situaciones se encuentren vinculadas con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolla la conducta, sino con la situación personal del sujeto. Muy especialmente deben atenderse aquellas situaciones en las cuales nos encontremos ante falta de antijuridicidad material por insignificancia de la agresión al bien jurídico o de estado de necesidad, por ejemplo, cuando se trata de la figura del hurto famélico[272].

Además, de manera específica, se debe considerar el atenuante relacionado con quien "realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición" (artículo 56 de la Ley 599 de 2000), esto es, cuando la situación no ha tenido la suficiente relevancia jurídica para obrar como excusa.

El artículo 55 *ibidem* contempla varias situaciones compatibles con las planteadas por el artículo 13 constitucional, que se pueden utilizar perfectamente si las de los párrafos anteriores no tienen operancia, disminuyendo la pena dentro del grado de cuartos en los eventos en que se obre por el sujeto:

> *[...]*
>
> *3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso.*
>
> *4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible*
>
> *[...]*
>
> *8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.*
>
> *9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.*
>
> *10. Cualquier circunstancia de aná-*

[272] Ampliamente en Carlos Arturo Gómez Pavajeau. El principio de antijuridicidad material. Fundamentos constitucionales, doctrinales y jurisprudenciales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

loga significación a las anteriores.

Por supuesto, tales son situaciones ejemplificativas o enunciativas, pues se trata de una tipología abierta a las infinitas posibilidades que ofrece la vida social, especialmente en aquellos países como el nuestro donde las diferencias sociales y económicas son tan abismales.

Pawlik, al postular un *Derecho Penal del ciudadano* fundado en la cooperación de todos los que conforman la ciudadanía en un Estado, reclama también un tratamiento especial para los "*excluidos*". Esta distinción se funda en las desigualdades sociales extremas que adquieren carácter sistemático, persistente y grave, lo que evidencia a grupos sociales que no reciben los beneficios que necesariamente debe comportar el orden jurídico para todos y el reconocimiento efectivo de los derechos. Por esta razón, no gozan de la *libertad real* que se debe garantizar, lo que debe ser reconocido por el Derecho Penal y traducirse en un tratamiento igualmente diferenciado que reconozca tal estatus y lo traduzca en respuestas acordes con ello. Estas pueden consistir en reducciones cuantitativas y cualitativas de las sanciones o la exclusión de las mismas, además de políticas sociales coherentes con la situación de marginación, lo cual se posibilita con un normativismo que supere el concepto de bien jurídico que hace equiparador el proceso de reacción contra los excluidos y no excluidos por los mismos hechos[273]. Creemos firmemente que esto resulta cierto y de reclamo eminentemente equitativo, pero la respuesta la encontramos en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 29, 85, 86, 93, 94, 228, 229 y 230 de la Carta Política, 1, 6, 7, 13, 56 y otros de la Ley 599 de 2000 y 1, 3, 4, 10, 12, 26 y 27 de la Ley 906 de 2004.

[273] Michael Pawlik. El deber de cooperación ciudadano en derecho penal y la posición de los excluidos, Hernán Darío Orozco López (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 17 y ss.

Capítulo 3
Subprincipios implícitos materialmente en principios superiores, pero carentes de toda regulación normativa

El principio de progresividad comporta una muy amplia gama de posibilidades directamente proporcionales a las oportunidades que ofrecen los diferentes Estados que hacen parte de la comunidad internacional que se postula como civilizada, dada la adopción de instrumentos como los que en este trabajo se han venido estudiando, especialmente en aquellos con graves problemas económicos, sociales y políticos.

La creatividad jurídica y el trabajo tesonero del defensor debe evaluar todos sus casos con la óptica del principio de progresividad, con el fin de advertir cualquier oportunidad defensiva que le ofrezcan los Bloques de Convencionalidad, Constitucionalidad y Legalidad dentro de esta sistemática planteada. Los ejemplos advertidos son apenas la punta de un gran *iceberg* que pueda constituirse como herramienta defensiva, pero ello dependerá del estudio, la formación jurídica, el tesón y la colaboración solidaria y altruista del cuerpo de defensores públicos (artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971, sobre la función social de la Abogacía[274]).

Su enunciación, en la inmensa mayoría de los eventos, se ha efectuado en los preámbulos de los instrumentos internacionales, por lo que la invocación del mismo debe efectuarse con el auxilio de lo dispuesto en el artículo 31, numeral 2.º, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Igualmente, también aparece reconocido en declaraciones y cartas, las cuales no constituyen convenciones o tratados, pero que fueron juridificadas con asignación de relevancia jurídica por lo dispuesto en el literal d) del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos" (Considerando final y Proclama) (Resaltado fuera de texto).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes proclama de manera contundente

[274] Así, en nuestro trabajo de esta misma Colección Tomo III Estudio No 18, Carlos Arturo Gómez Pavajeau. "La aplicación del soft law en los procesos judiciales y administrativos como estrategia de rebelión jurídica frente al anquilosamiento de la aplicación de las fuentes del Derecho".

y enfática el principio de progresividad y evolutivo, al disponer en sus Considerandos:

> *Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad;*
>
> *Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;*
>
> *Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución;*
>
> *Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias [...] (Resaltado fuera de texto).*

Recuérdese el valor significativo, para los efectos anteriores, que tienen los preámbulos de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos de conformidad con el artículo 31, numeral 2.º, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es *per se* ejemplo paradigmático y sistemático de la consagración y tratamiento del principio de progresividad.

A su vez, por medio del artículo 25 de la Convención Americana se normativiza de manera expresa y explícita el principio de progresividad:

> *Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

El principio de progresividad es un factor de gran potencia para utilizar en las estrategias defensivas, da parámetros y sienta derroteros del comportamiento que deben asumir las autoridades ante el comportamiento de los ciudadanos de cada uno de

los Estados miembros de la comunidad internacional. Por consiguiente, es preciso auscultar muy especialmente en la jurisprudencia internacional y en las normas del *soft law* regulaciones que impliquen tratamientos especiales que puedan configurar tipologías de subprincipios que resulten aplicables en el marco de esta propuesta y sirvan como estrategias aprovechables en la defensa pública.

Ya vimos que la justicia material no solo involucra los derechos constitucionales fundamentales de autonomía o individuales, también los colectivos, aun cuando no en la misma extensidad e intensidad, pues se ha dicho en la Sentencia T-058 de 1997:

> *Aunque el Estado no está llamado a garantizar la plena satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, por lo menos debe asegurar unas condiciones mínimas de justicia material a sus miembros, más aún, en el marco normativo de un Estado social de derecho como el consagrado en la Carta Política de 1991, en donde el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares se presenta como una exigencia perentoria (Resaltado fuera de texto).*

El principio de progresividad produce un efecto expansivo de los alcances del ejercicio de los derechos y libertades, lo cual tiene que ser materializado por los jueces de todo orden y niveles, tal como lo establece la Corte Constitucional en las sentencias C-228 de 2002, C-004 de 2003, C-014 de 2004, C-370 de 2006, C-792 de 2014 y SU-146 de 2000, según lo deja consignado expresa y explícitamente en la cita n.° 56 del párrafo n.° 107 de la Sentencia C-030 de 2023.

REFERENCIAS

Alexy Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Jorge M. Seña (Trad.), Barcelona, Gedisa, 1997.

Alexy Robert. *La institucionalización de la justicia*, José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero & Pablo Rodríguez (Trads.), Granada, Editorial Comares, 2005.

Alexi Robert, Bulygin Eugenio & Gaido Paula. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica completa entre Alexi y Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Amengual Gabriel. "*Las tensiones del concepto de solidaridad*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Arbeláez Jaramillo Juanita. "*La solidaridad como remedio para reequilibrar los intereses de las partes: breves reflexiones sobre sus diferencias con la buena fe*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Bechara Llanos Abaham Zamir. *Jurisprudencia de Principios. Metodología para la interpretación judicial de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Norte, 2019.

Benda Ernesto. "*El Estado Social de Derecho*" en Manual de Derecho Constitucional, Antonio López Pina (Trad.), Marcial Pons, Madrid, 1996.

Capelletti M. *Le pouvoir des juges*, Marseille, Press Universitaire d'aix-Marseille, 1990.

Chevallier Jacques. *El Estado de Derecho*, Oswaldo Pérez Orozco (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Dworkin R. *Questioni di principio*, Milano, Il Saggiatore, 1985.

Estrada Michel Rafael. "*Solidaridad extralegal y antropología jurídica*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Estrada Vélez Sergio. "*La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*" en Revista Facultad de Derecho Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 41 n.° 114, Medellín Jan./June 2011, consultado en www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862011000100002.

Ferrater Mora José & Terricabras Josep-María. *Diccionario de Filosofía Tomo III K/P*, Barcelona, Ariel, 2009.

Ferrater Mora José & Terricabras Josep-María. *Diccionario de Filosofía Tomo IV Q/Z*, Barcelona, Ariel, 2009.

Garavito A. Fernando (Relator). *Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (años 1891-1908), Tomo II -L-V-*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1908.

García Maynez Eduardo. Diánoia, vol. 7, n.° 7, 1961 en https://www.bing.com/search?q=EDUARDO+GARCÍA+-MAYNEZ.+Diánoia%2C+vol.+7%2C+-no+7%2C+1961+&form=ANSPH1&refig=0e89adbb5f484880a852761541f7d913&pc=U531, consultado el 13 de agosto de 2023.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *El principio de antijuridicidad material. Fundamentos constitucionales, doctrinales y jurisprudenciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Gómez Barranco María Marta. *Estudios de dogmática en el Código Penal del 2000*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Gutiérrez de Piñeres Botero Carolina. *Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia: de las ciencias humanas a las ciencias humanizadas*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo & López Iglesias Rafael. *Análisis de viabilidad constitucional y convencional de la licitud del decreto excepcional de la prueba de oficio dentro del proceso penal acusatorio colombiano*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

Herrera Carlos M. "*Acerca de la extensión actual del concepto de solidaridad en derecho constitucional*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Studocu, Doctrina de Félix Somló, Universidad José Cecilio del Valle, 2021-2022, https://www.studocu.com/latam/document/universidad-jose-cecilio-del-valle/derechos-humanos/doctrina-de-felix-somlo/12311031, consultado el 13 de agosto de 2023.

UNAM, Conceptos Jurídicos Fundamentales y división tradicional de la dogmática jurídica, capítulo séptimo, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/10.pdf, consultado el 13 de agosto de 2023.

Jaén Vallejo Manuel. *Principios constitucionales y Derecho Penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

Kruger Herbert. *Grundegesetz und Kartellgesetzgebung*, 1950.

Landi Andrea. "*In pauperes misericordiam excerceres. Algunas notas sobre la calificación de los hospitales como lugares píos en el derecho común*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Leiva Rabael Antonio. "*Corrección y facticidad: Justicia y democracia*" en Revista de Derecho No 18 Montevideo, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho, 2018 en www.scielo.

edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932018000200139, consultado el 13 de agosto de 2023.

Mora González Jesús Iván. *Claves del Derecho Penal inglés*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, 2021.

Neumann Ulfried. *La pretensión de verdad en el derecho*, Mauricio Hernández (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Neumann Ulfrid. *Filosofía del Derecho ante el espejo del tiempo. Contribuciones sobre el pensamiento jurídico de Gustav Radbruch*, Luis Felipe Vergara Peña (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Novales Alquézar Aránzazu. "*Virtudes y valores: caridad y solidaridad*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Parejo Alfonso Luciano. *Constitución y valores del ordenamiento, en Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, Cívitas,1991.

Pawlik Michael. *El deber de cooperación ciudadano en derecho penal y la posición de los excluidos*, Hernán Darío Orozco López (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Pérez de la Fuente Oscar & Vallés March H. "*Solidaridad: aspectos filosóficos, jurídicos, políticos, sociológicos y antropológicos*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Prieto Sanchís Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992,

Prieto Sanchís Luis. "*Diez argumentos sobre los principios*" en Jueces para la democracia N.º 26, 1996, en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174663#:~:text=-Diez%20argumentos%20sobre%20los%20principios%20Autores%3A%20Luis%20Prieto,democracia%2C%20ISSN%201133-0627%2C%20Nº%2026%2C%201996%2C%20págs.%2041-49, Consultado el 19 de agosto de 2023.

Procchi Federico. "*En Estratonicea en el 127 D.C. Tras las huellas de una función social de la propiedad privada embrionaria: el emperador Adriano y la restauración coactiva de la casa de Tiberio Claudio Sócrates*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Rojas A. Luis Emilio. "*Consideraciones dogmáticas en torno al tipo de omisión de socorro*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Sabrinni-Chatelard Fernanda. "*El papel de la solidaridad en la protección de los profesionales contra las cláusulas abusivas: un análisis comparado del derecho brasileño a la luz del derecho francés*" en La idea de solidaridad en el derecho, Natalia Rueda & Esteban Pereira (Eds.), Bogotá, Universidad

Externado de Colombia, 2023.

Schneider Hans Peter. *Democracia y Constitución*, Madrid, C.E.C,1991.

Truebek David M. *El derecho y el ascenso del capitalismo según Max Weber*, Jorge González Jácome (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Volk Klaus. "*Los principios del proceso penal y la sociedad posmoderna: contradicciones y perspectivas*" en Constitución y sistema acusatorio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Welzel Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, Felipe González Vicén (Trad.), Madrid, Aguilar, 1974.

Zaczyk Rainer. "*Sobre la fundamentación en el Derecho*" en Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho, Jorge Fernando Perdomo Torres & María del Rosario Picasso (Trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

VEINTIUNAVO ESTUDIO

El principio de favorabilidad de la jurisprudencia en derecho penal y disciplinario

INTRODUCCIÓN

El principio de favorabilidad hace parte del núcleo duro de las garantías penales, disciplinarias y procesales del Estado moderno, cuyo reconocimiento sempiterno se remonta en nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, según el cual "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Los artículos 45 de la Ley 153 de 1887 y 44 de la Ley 135 de 1887 consagraron igual garantía; no obstante, en el desarrollo que compete al legislador dentro de sus amplios poderes de configuración, extendió su aplicación incluso para aquellos casos en los cuales se hubiese concluido el proceso penal, lo que se extiende al proceso disciplinario, esto es, dio cuenta explícitamente de la favorabilidad a los "reos condenados".

La favorabilidad, en términos generales, aplica tanto respecto del fenómeno descriptivo de la conducta típica como de su consecuente sancionatorio, dentro de los cuales se encuentra la especie referida al hecho de que "la nueva ley le quita explícita o implícitamente el carácter de delito -o falta disciplinaria, agregamos- a un hecho que antes lo tenía", lo cual, señala, "*envuelve indulto y rehabilitación*" (artículo 45 Ley 153 de 1887).

La expresión "indulto y rehabilitación", asignada como consecuencia de la aplicación de la favorabilidad, en los términos del artículo anterior, implica que la ley posterior favorable ha emitido un juicio benigno que desatiende el reproche de la ley anterior desfavorable, no solo desde una perspectiva jurídico-penal sino también, *in extenso*, sobre otras consecuencias relacionadas con el estigma moral y ético público que conllevaba. La expresión "rehabilitación" en este contexto debe entenderse de acuerdo con el artículo 47 de la misma ley, que hace referencia a "las condiciones morales que determinan el derecho". Este contenido atrae la favorabilidad y sus consecuencias al ámbito de los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades éticas consagradas en el Derecho Público, y particularmente en el Derecho Disciplinario.

Se trata dicho fenómeno de un "*Derecho*" y no de una "*gracia*" como lo dice la ley, aplicable de manera directa según lo expresado por el artículo 47 de la Ley 153 de 1887, a quienes beneficia una rebaja de pena, pero también, dada una interpretación *ad minus ad maior*, a quienes se beneficien de la nueva ley por virtud de "*indulto y rehabilitación*", habida cuenta de que la favorabilidad, como garantía en materia penal, se refiere también a las "*leyes que definen y castigan los delitos*" (artículo 44 *ibidem*).

Los alcances amplios –Constitución Política– y ampliados –Leyes– que nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado al principio de favorabilidad en materias penal y discipli-

narias son innegables. Estos alcances ya flanqueaban proféticamente con el advenimiento del principio del derecho internacional de los derechos humanos conocido como "*in dubio pro homine*" o "*in dubio pro libertate*", dado que ante los casos dudosos de su aplicación se otorgaba la facultad de escoger la consecuencia jurídica a quien lo invocará y finalmente deberían ser resueltos por "interpretación benigna" (artículo 145 *ibidem*).

El Código Penal de 1980 ratificó las reglas anteriores en su artículo 6, pero fue contundente en señalar que el principio de favorabilidad "rige también para los que estén condenados".

El tratamiento de la favorabilidad en materia penal, como se puede ver, en nuestro ordenamiento jurídico es mucho más flexible, incluso que el dispensado en algunos tratados internacionales sobre derechos humanos. Nótese como los múltiples fenómenos regulados en las normas anteriores contrastan con la pálida regulación otorgada al fenómeno por el numeral 1.º del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto solo la contempla para el caso de "si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello", texto que se repite en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El literal b) del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que, en materia de la determinación del mejor estándar de garantías en materia de derechos humanos, el intérprete deberá tener en cuenta que no resulta admisible "*limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*". Lo anterior, compaginado con el Bloque de constitucionalidad de que da cuenta el artículo 93 de la Carta Política, comporta reconocer y, consecuentemente, aceptar la prohibición de desconocer, que en la materia comentada el mejor estándar de garantía lo ofrecen las leyes nacionales colombianas arriba mencionadas, lo que por demás será ratificado explícitamente por las leyes 599 y 600 de 2000.

El inciso 2.º del artículo 6 de la Ley 599 de 2000, recogiendo tan rica como fructífera tradición de un Derecho Penal liberal, con la máxima amplitud agregó a los textos constitucionales de 1886 –artículo 26- y de 1991 –artículo29- que la favorabilidad debía ser aplicada "sin excepción", todo lo cual "*también rige para los condenados*". Consecuente con ello, para romper toda tradición anterior obstaculizante de la aplicación de tan magna garantía penal, el inciso 2.º del artículo 6 de la Ley 600 del mismo año estableció de manera rotunda que ello también tiene reconocimiento para la ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable.

La expresión "sin excepción" significa que no tiene barreras para su aplicación, de manera que, donde se identifique un fenómeno favorable en la mediación de un tiempo entre una decisión y una situación jurídica, ya sea retroactiva o ultraactiva, tiene cabida la aplicación de la favorabilidad de la ley o de la subregla jurídica derivada de la interpretación introducida por la jurisprudencia. La Corte Constitucional ha

efectuado una interpretación del artículo 230 de la Carta Política en las sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011, y ha manifestado que las fuentes del Derecho no se contraen como en el positivismo legalista o decimonónico a la ley, sino que allí como tal ocupa un papel destacado la jurisprudencia cuando esta se constituye en precedente judicial constitucional de obligatorio cumplimiento o en doctrina probable cuando se trata de la actuación de otras altas cortes diferente a la rectora de la jurisprudencia constitucional.

Tales disposiciones hacen parte de los llamados principios rectores que, como tal, constituyen la esencia y orientación del sistema penal (artículos 13 del Código Penal y 24 del C. de P.P.). Estos principios prevalecen sobre cualquier otra norma y además sirven como criterios para interpretarlas, tal como lo ha reconocido la Corte en las sentencias C-774 de 2001 y C-775 de 2003. En esta última se afirmó que las normas o principios rectores "contienen postulados básicos, la filosofía y la orientación del sistema penal, y están destinadas a regir y guiar la interpretación y aplicación de las normas penales, de tal manera que los diversos desarrollos guarden plena coherencia con estos postulados".

Ello tiene aplicación para las materias disciplinarias, pues todas están regidas por el principio constitucional de favorabilidad del artículo 29 de la Carta Política y *pro homine o pro libertate* del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicables al Derecho Disciplinario por integración favorable autorizada por los artículos 21 de la Ley 734 de 2002, 16 de la Ley 1123 de 2007 y 22 de la Ley 1952 de 2019.

El ideal de justicia material es "consustancial al Estado Social de Derecho que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales"[275]. El principio de justicia material ha sido calificado como "un valor superior del orden constitucional"[276] y, por tanto, es deber del juez "hacer efectivo el principio de justicia material"[277], lo que impone la idea según la cual "el juez del Estado Social de Derecho debe optar necesariamente por satisfacer las exigencias concretas de la justicia material"[278].

Es posible que el principio de justicia material "entre en conflicto con otros principios como el de certeza, seguridad y objetividad jurídica, caso en el cual, si no se tratare de normas prohibitivas o de mandato, la ponderación jurídica impone su prevalencia; puesto que "el principio de justicia material podría prevalecer sobre cualquier consideración legal"[279] y sobre criterios formales[280].

No obstante, aquí sin duda existe una tensión entre los intereses del Estado y la Sociedad en la represión penal, pero en medio se encuentran intereses constitucionales prevalentes, que deben ser observados. Como

[275] Corte Constitucional, Sentencia T- 53 de 1994. Reiterada por la Sentencia T-084 de 1998.
[276] Ibidem, Sentencia C-004 de 2003.
[277] Ibidem, Sentencia C-199 de 2002.
[278] Ibidem, Sentencia T-597 de 1992.
[279] Ibidem, Sentencia T-058 de 1995.
[280] Ibidem, Sentencia T-339 de 1997.

mucho, podría pensarse que estos no son inferiores a los primeros, caso en el cual debe prevalecer la jurisprudencia constitucional, así como lo afirma la Corte:

> *Esta Corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (CP art. 1º) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5º). Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular. En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo pues "condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías -y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado"(resaltado fuera de texto) Sentencia T-669 de 1996*[281] *(Resaltado fuera de texto).*

Solo así se entiende la favorabilidad sin excepción, donde cualquier duda debe resolverse benignamente a cargo del reo procesado o condenado, sin distinción alguna en lo sustancial o procesal del campo penal o de la moralidad pública. Esto es necesario si se quiere respetar los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 93 de la Carta Política, que obligan al reconocimiento del mejor estándar de garantías.

[281] Ibidem, Sentencia T-784 de 2000. También así la Sentencia C-318 de 2008.

Capítulo 1

Aspectos generales y consideraciones constitucionales del principio de favorabilidad

La favorabilidad no es, por sí misma, un principio que se aplique exclusiva y excluyentemente al tránsito de legislación, esto es, a la sucesión en el tiempo de normas jurídicas contenidas en el texto de la ley. Esta interpretación es una deformación del instituto, obra del positivismo decimonónico y legalista, que olvida los principios, pues de lo que se infiere de las normas que regulaban el asunto en la Carta Política de 1886 y en las leyes que la desarrollaron, era que la favorabilidad se aplicaba incluso cuando nos encontráramos ante el tránsito legal, pero no se restringía a ello. Aquí nos encontramos frente a una interpretación *ad maior ad minus*, pues si opera ante el tránsito de leyes en el tiempo, con más y mayor razón opera cuando ambas leyes están vigentes al mismo tiempo, tal como lo hemos destacado en nuestro trabajo "Hacia una reinterpretación del principio de favorabilidad como tránsito legislativo a la favorabilidad como contemporaneidad de normas y de interpretaciones de una norma".

Igualmente, se predica la favorabilidad por el tránsito de una interpretación menos favorable a una más favorable por parte de la jurisprudencia, de lo que se dejó expresa constancia en la Asamblea Nacional Constituyente y así se sugirió en las discusiones de la preparación de la Ley 906 de 2004[282].

El principio de favorabilidad se encuentra ligado en otros ordenamientos jurídicos al principio de legalidad, infiriéndose de este sin una regulación expresa, como sucede en el Derecho español.

Al estudiar el artículo 29 constitucional, también parece existir un vínculo entre el principio de legalidad y el principio de favorabilidad, lo cual se acoge en los artículos 6 de la Ley 599 de 2000; 6, inciso 2.º, de la Ley 600 de 2000; 6, inciso 2.º, de la Ley 906 de 2004; 14 de la Ley 734 de 2002; 7 de la Ley 1123 de 2007 y 8 de la Ley 1952 de 2019.

No obstante, se destaca que el principio de favorabilidad en materia disciplinaria se trata independientemente del principio de legalidad y ello por supuesto no puede tener

[282] La aplicación de la favorabilidad de la jurisprudencia ha sido preocupación constante de los penalistas, como se puede observar en las discusiones de la Comisión Constitucional de Reforma del Sistema Penal Acusatorio, donde fue constante la propuesta de "legalizar" el principio mencionado. Esta propuesta fue defendida por los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, doctores Álvaro Pérez Pinzón y Yesid Ramírez Bastidas, Acta N.° 005 del 14 de febrero de 2003 (Luis Camilo Osorio Isaza & Gustavo Morales Marín. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 129 y 130).

el mismo significado que se ofrece en otros ordenamientos jurídicos[283]. Quiere decir lo anterior que el principio de legalidad tiene peso específico en Colombia, así como autonomía de vuelo propia, de manera que no es posible ligarlo indefectiblemente con el principio de legalidad o con el texto de la ley, sino que tiene que ir mucho más allá.

Este enfoque tiene repercusiones importantes, pues no ata inexorable e indefectiblemente a la favorabilidad con el principio de legalidad, toda vez que aquel progresivamente reclama autonomía.

Esto es patente desde el artículo 26 de la Carta Constitucional de 1886, que también ligaba al principio de favorabilidad con el principio de legalidad. Sin embargo, es claro que la legalidad en un positivismo jurídico decimonónico tiene incluso mayor fuerza vinculante, especialmente si se tiene en cuenta que para que las normas constitucionales tuvieran aplicación, el artículo 52 original estableció que se incorporarían como título preliminar del Código Civil, lo que fue ratificado por los artículos 4 de la Ley 57 de 1887 y 7 de la Ley 153 de 1887.

Ligar el principio de favorabilidad con el de legalidad puede restringir su ámbito de aplicación. La ley ha tratado de evitar esta limitación, regulando el fenómeno para abrir caminos a la interpretación favorable en materias restrictivas de derechos.

En efecto, la ley posterior primaba sobre la anterior de manera indiscutible; "*ley come ley*" era credo del positivismo decimonónico, por lo que así se establecía en los artículos 1 y 2 de la Ley 157 de 1887. Incluso, ello tenía ocurrencia si ambas leyes terminaban siendo prexistentes al hecho que se juzga, es decir, rigiendo al mismo tiempo el suceso, como ocurriría respecto de delitos o faltas disciplinarias de conducta permanente. Así se disponía, por demás, en su artículo 3, donde se regulaba lo atinente a la declaratoria expresa y tácita de la ley.

Sin embargo, era absolutamente claro que tal juego se daba en un ámbito legal, ya que el constitucional no era relevante en el positivismo decimonónico, por lo que de todos modos la norma anterior se enfrentaba con aquella del Código Civil según la cual "lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación" (artículo 31). No obstante, solo lo era en tal materia, no en penal, pues del artículo 32 parecía inferirse que, de todos modos, si no lo era en Civil, tenía que tener aplicación en penal desatar la interpretación "del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural", especialmente cuando se trata de justicia material que es lo que deviene de la expresión "equidad natural".

Con respecto al espíritu general de la legislación, este tiene que ver con la favorabilidad penal, ahora ya no en el ámbito de la ley sino de la interpretación de la ley, toda vez que las normas anteriores están ubicadas en el Capítulo IV, de la "Interpretación de la

[283] La dependencia del principio de favorabilidad en España del principio de legalidad implica una problemática que no conocemos en Colombia (Francisco Rubio Llorente. Derechos fundamentales y principios constitucionales, Barcelona, Ariel Derecho, 1995, pp. 400 y ss).

ley", del TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL.

Y allí mismo, en el Capítulo II sobre "De la ley" se contempla el principio de favorabilidad, pues no solo se ocupa de la ultraactividad de la ley favorable, sino también de la retroactividad de la favorable, desechando como espíritu general de la legislación lo desfavorable al procesado o reo (artículos 42, 43 y 44).

Pero nótese cómo la redacción del artículo 44 dice que la favorable se aplicará "incluso" o "aún" cuando aquella sea posterior, aquí con tilde la última palabra denotando "todavía". Esto significa que, en términos generales, la favorabilidad no está circunscrita exclusiva y excluyentemente al tránsito de legislación, lo que no modificaría la tilde, pues el "aun" del artículo 26 constitucional esta referido a "incluso". En otras palabras, es algo que se aplica o produce "también en la situación que se expresa", no es un "impedimento a lo que se expresa", que no es otra cosa que la favorabilidad en materia de normas concomitantes, lo que excluye la aplicación en materias sancionatorias del artículo 2 de la Ley 153 de 1887 cuando habla de "*preexistencia*" de dos o más normas.

No se trata solo de textos legales, sino de "interpretación de enunciados o normas jurídicas" como abstracción. Esto se manifiesta en el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, al dar cuenta de cómo se interpretan los contenidos explícitos e implícitos de la ley. Este planteamiento se resuelve en favor de la favorabilidad de la interpretación, no de la letra dispuesta en la ley, cuando se afirma tajante y contundentemente que : i) se aplicará la que "invoque el interesado" cuando la duda estribe en el mejor beneficio en cuanto a los quantum punitivos máximos y mínimos; y ii) en todos los eventos "los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna".

Recuérdese, además, que el concepto de sanción para nuestra legislación no solo comporta y evoca lo negativo, sino también lo positivo, tal cual se desprende de los artículos 4, 5 y 6 del Código Civil.

Cuando se aborda el estudio del instituto desde el punto de vista constitucional, muy pronto el intérprete se encuentra con que, por virtud de los intereses encontrados, pues por un lado está el del Estado y de la sociedad de investigar las conductas punibles y por otro el del procesado de obtener seguridad jurídica y la interpretación favorable a su favor, surgen tensiones entre diferentes principios, valores y derechos constitucionales, lo cual ha sido denominado por la jurisprudencia constitucional como "consideraciones de tipo dogmático o axiológico"[284].

Como principio, indicaría la necesidad de limitar la aplicación del principio de favorabilidad por influencia de la llamada "defensa social" en interés del Estado y la sociedad. No obstante, esta defensa necesariamente tiene límites, pues no pueden jugar en contra del procesado los intereses colectivos sin más, ya que resultan importantes pero no definitorios, pues existe una tensión y equi-

[284] Sentencia C-580 de 2002.

librio entre dignidad de la persona e interés general en el artículo 1 constitucional[285]. También la defensa social viene limitada por los principios constitucionales, como sucede en otras materias[286].

Y así tiene que ser, ya que, como se ha visto, en el instituto juega un papel importante la dignidad del ser humano según la jurisprudencia constitucional[287], y el orden jurídico tiene allí uno de sus más importantes fundamentos, por lo que, sin más, s la "prevalencia del interés general" tiene que ser ponderada, si no se quiere anular el valor primario y razón de ser de un Estado antropocéntrico" (artículo 1 de la Carta Política).

De allí que los intereses estatales, sociales y personales se funden en uno solo, conocido como seguridad jurídica[288], habida cuenta de que los tres tienen interés en que los procesos judiciales se resuelvan adecuadamente, jugando la favorabilidad en la interpretación, más allá de la aplicable al tránsito de legislación, un papel fundamental como se desprende de los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 93 de la Carta Política.

Muestra de lo anterior es que la jurisprudencia constitucional ha adoptado un principio básico del proceso penal moderno -extendible al disciplinario-, decantado por los tribunales internacionales y constitucionales del mundo occidental, según el cual "la verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona con su dignidad, su personalidad y su desarrollo; es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional"[289].

Vinculado con el debido proceso, aparece el derecho fundamental de "acceso a la justicia", el cual "implica para el interesado, no sólo la posibilidad de poner en movimiento la actividad jurisdiccional mediante los actos de postulación previstos en las normas procesales, sino a que la actuación judicial se adelante conforme a las reglas del debido proceso [...] a que se produzca una sentencia de mérito o de fondo, conforme al principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal"[290].

---

[285] Sentencia C-244 de 1996.

[286] Sentencia C-556 de 2001. Los principios del artículo 209 de la Carta Política, especialmente los de celeridad, eficacia y eficiencia, también son aplicables a la Administración de Justicia, según los artículos 4 y 7 de la Ley 270 de 1996 y las sentencias C-071 de 1994, C-037 de 1996, C-088 de 2000 y C-012 de 2002.

[287] Sentencias C-301 de 1993, C-556 de 2001 y C-580 de 2002.

[288] Sentencias C-556 de 2001 y C-229 de 2008.

[289] Sentencia T-521 de 1992, M.P. Martínez Caballero.

[290] Sentencia C-554 de 1993, M.P. Barrera Carbonell.

Capítulo 2

Consideraciones fundamentales para la aplicación del principio de favorabilidad de la jurisprudencia en materias penal y disciplinaria

1. Consecuencias ineludibles de la ponderación de valores y derechos constitucionales y de la condición de núcleo esencial del debido proceso

Por constituirse en un derecho fundamental desde el punto de vista sustancial y en un principio de orden público[291] desde una perspectiva procesal, el principio de favorabilidad produce sus efectos, incluso, por encima de la voluntad del procesado[292].

De allí que se haya dicho con respecto a derechos fundamentales como la prescripción, lo que por *analogía iuris* resulta aquí aplicable, que "no resultaría razonable que, aún con la anuencia de los interesados, la acción disciplinaria y la consecuente posibilidad de imponer sanciones, permanenciera suspendida en espera de una decisión determinada, toda vez que esta circunstancia generaría incertidumbre, congestión y parálisis de la función pública contrariando los principios de economía y celeridad que rigen la potestad disciplinaria, como función administrativa"[293].

En la Comisión Redactora[294] se abordó la discusión de la necesaria e indefectible influencia de la Carta Política y los derechos fundamentales en el articulado e interpretación del Código Penal[295], hasta el punto de establecer que la dignidad humana es el fundamento del derecho penal (artículo 1), lo que resulta aplicable al Derecho Disciplinario por lo dispuesto en los artículos 8 de la Ley 734 de 2002, 1 de la Ley 1123 de 2007 y 1 de la Ley 1952 de 2019.

---

[291] Para el efecto, afirma el artículo 15 del Código Civil que "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

[292] La dimensión objetiva de los derechos fundamentales implica "su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos" (Sentencia T-406 de 1992, M.P. Angarita Barón). De allí que "los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos" (Sentencia C-587 de 1992, M.P. Angarita Barón).

[293] Sentencia C-556 de 2001.

[294] El suscrito Consultor fungió, de conformidad con la Resolución N.° 0-0553 del 4 de marzo de 1998, proferida por el Despacho del Fiscal General de la Nación, como coordinador de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley.

[295] Gómez Méndez Alfonso. Proyecto de Ley por la cual se expide el Código Penal. Bogotá, Imprenta Nacional-Fiscalía General de la Nación, 1998, pp. 13 a 19.

Se destacó, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la necesidad de hacer un uso proporcionado del poder punitivo del Estado, para lo cual se "presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales"[296]. Como se ha venido señalando, ante los intereses de la defensa social se anteponen los de seguridad jurídica y favorabilidad en la interpretación. De allí que haya que convenir que el procesado no puede volver a renunciar a la prescripción si se vencen esos dos años sin proferir una decisión definitiva, pues aquí opera la naturaleza de orden público de la institución y el carácter irrenunciable que tiene un derecho fundamental.

De manera que aquí tiene que recogerse, como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional en otras ocasiones, la enseñanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual en el proceso judicial debe observarse "un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos"[297].

Si el legislador se encuentra condicionado por los principios, valores y derechos constitucionales cuando realiza su tarea legiferante, también el juez cuando interpreta y aplica la ley debe ajustarse a ellos, dada la naturaleza de norma de normas que encarnan las disposiciones constitucionales y los efectos irradiantes de los derechos fundamentales sobre las disposiciones infraconstitucionales, reclamando aplicación inmediata[298].

Si ya se concluyó en el aparte anterior que la favorabilidad hace parte del "núcleo esencial del debido proceso"[299], inexorablemente en este debe concluirse que las normas deben interpretarse de forma restringida y, sobre todo, a favor del procesado.

No podemos olvidar el postulado de la jurisprudencia constitucional, según el cual "los derechos fundamentales pueden sufrir restricciones por parte del legislador, siempre y cuando no vulneren su núcleo esencial"[300].

2. La favorabilidad de la interpretación vertida en jurisprudencia

La Sentencia C-836 de 2001 resulta paradigmática en señalar que ha quedado atrás el viejo credo del positivismo decimonónico según el cual solo la ley comporta una fuente del Derecho. La ley es un insumo, un punto de partida, de tal manera que la

[296] Ibidem, p. 15. Para el efecto, se citó la Sentencia C-070 de 1996, M.P. Cifuentes Muñoz.

"El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio" (Sentencia T-426 de 1992. M.P. Cifuentes Muñoz).

[297] Sentencia C-176 de 1994. Reiterada por la Sentencia C-556 de 2001.

[298] Sentencia C-581 de 2001, M.P. Araújo Rentería.

[299] Sentencia C-556 de 2001. También recientemente en la Sentencia C-416 de 2002, M.P. Vargas Hernández.

[300] Sentencia C-581 de 2001.

construcción del Derecho en Colombia resulta producto de la función legislativa a cargo del Congreso de la República y de la interpretación que de las leyes hacen los jueces, tal como paladinamente se afirmó en el artículo 113 de la Carta Política.

Se dijo en la Sentencia C-836 de 2001:

> *Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado y el sentido de la expresión "probable" que la norma acuña a la doctrina jurisprudencial a partir de la expedición de la Ley 169 de 1896. La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina, no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema.*

Es decir, más allá de la legalidad la interpretación y la jurisprudencia, como su seguimiento, son objeto de consideración por el principio de certidumbre jurídica:

> *En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto*

> *jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción.*

Tan potente conceptualización ha llevado a que se considere como una vía de hecho o una causal de procedibilidad de la acción de tutela el que se desconozca el precedente judicial de obligatorio cumplimiento, incluso para las decisiones de las autoridades pertenecientes al poder judicial. Esto se extiende a las autoridades disciplinarias que administran justicia en sentido material, conforme a las sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011.

Tanto para jueces *-también fiscales que lo son en sentido amplio-* en sentido orgánico y formal como en sentido material, en este caso los operadores jurídicos disciplinarios, pues son comunes a ellos las causales de procedibilidad de la acción de tutela, se encuentran vinculados a los precedentes judiciales constitucionales de obligatorio cumplimiento y a la doctrina probable emanada de las altas cortes cuando se constituyen en los organismos de cierre de sus respectivas jurisdicciones.

Para los efectos del prevaricato como injusto de acción, al igual que para el de omisión, basta contrariar manifiestamente la Constitución o la ley o la jurisprudencia vigente con las características anteriores, o los deberes que emanen de sus precisiones, para incurrir en delitos o faltas disciplinarias, en tanto ha quedado claro que las fuentes del Derecho se han ampliado según contundente afirmación efectuada en la Sentencia C-335 de 2008:

> *Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.*

También da cuenta de ello la Sentencia C-634 de 2011, como infinidad y múltiples pronunciamientos se ha establecido sobre el tema suficiente para concluir:

> *El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta*

interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto. Así por ejemplo, solo dentro del lenguaje jurídico el término "prescripción" logra los significados más disímiles, lo que demuestra la ambigüedad o polisemia del mismo. Igualmente, existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como "eficiencia", "razonabilidad" o "diligencia". Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción. En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional. Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático. En efecto, en las sociedades contemporáneas, merced la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera específica, todos los casos posibles. Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador. En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantar un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir

del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios. Como se sabe, estos difieren de aquellos en que no están construidos bajo el criterio precepto – sanción, sino que son mandatos de optimización que deben cumplirse en mayor medida posible, de lo que se sigue que no ofrecen respuestas particulares prima facie a casos específicos, como sí lo hacen algunas de las reglas. Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurran diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios. Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado. Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de

modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado.

Hoy en día, al igual que la ley, la jurisprudencia tiene un valor equivalente e inestimablemente vinculante que demanda y exige la aplicación del principio de favorabilidad de la jurisprudencia en cuanto elemento esencial y cardinal del debido proceso.

Se trata, además, de una aplicación de la *analogía iuris,* la cual se encuentra autorizada por el artículo 6 del Código Penal, por vía integración de los artículos 21 de la Ley 734 de 2002, 16 de la Ley 1123 de 2007 y 22 de la Ley 1952 de 2019.

De manera general, el artículo 5 de la Ley 153 de 1887 remitía en materia de una correcta interpretación a la equidad natural y a la doctrina constitucional, aspectos básicos que tienen que ver con la justicia material, en los cuales se fundamenta la favorabilidad de la jurisprudencia. Ello, incluso, es asunto aplicable en materia constitucional, según lo establece el artículo 4 *ibidem*, al referirse como aplicables los principios del derecho natural *-justicia material-* y las reglas de la jurisprudencia. Ya así, desde 1887, lo establecía la Ley 153 en su artículo 8 y lo ha hecho exigible la jurisprudencia de los altos tribunales nacionales.

La aceptación de la favorabilidad de la jurisprudencia como causal que autoriza la posibilidad de incoar la acción de revisión en el proceso penal es asunto hoy indiscutible, tal como se demuestra por su consagración en los artículos siguientes de los códigos procesales vigentes:

Artículo 220 numeral 6º de la Ley 600 de 2000, es procedente el recurso de revisión "cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria".

Artículo 192 numeral 7º de la Ley 906 de 2004, es procedente el recurso de revisión "cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad".

No ofrecen dudas del problema planteado las normas anteriores. Lo que sí parece constituir una barrera de su aplicación es que se diga que ello tiene que ser en el curso de un proceso de revisión, lo cual resulta a todas luces algo constitutivo de un exceso ritual manifiesto.

Parece ser también tal la posición de la Procuraduría General de la Nación, despacho del jefe del Ministerio Público, según la Resolución de revocatoria directa del 1.° de junio de 2020, proceso bajo radicación N.° IUS E- 2018-342653/ IUC D- 2018-1147187, como también frente a interpretaciones peyorativas por parte de jurisprudencia del Consejo de Estado[301] y benignas de la Corte Constitucional[302] respecto de

[301] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2019.

[302] "Precisó la Corte que, además de las inhabilidades señaladas por el Constituyente, el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración de que goza en materia de

normas sobre inhabilidad de los aspirantes a contralores regionales.

El principio de favorabilidad también rige en materia de interpretación, disponiendo aquella más favorable a la libertad y al ejercicio de los derechos. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a un tema disciplinario, en sede de tutela señaló que ante dos interpretaciones debe preferirse la interpretación que resulte más benigna para efectos sancionatorios[303].

Se excluye, de manera categórica, la analogía *in malam partem*. Tiene dicho el Consejo de Estado:

> *El juicio de adecuación típica tiene como presupuesto indefectible una relación de contrariedad entre la acción y su descripción legal, de manera que la valoración debe darse siempre sobre la base de todos y cada uno de los elementos normativos y subjetivos que componen el deber legal o el tipo disciplinario desconocido. Lo anterior a fin de evitar que el operador disciplinario se sitúe para efectos punitivos por fuera de las fronteras que delinean el precepto prohibitivo. Así las cosas, no le es posible al operador disciplinario sustituir al legislador y describir faltas para calificar comportamientos disciplinarios similares, como tampoco hay lugar a aplicación analógica o extensiva implícita de las normas*[304].

La interpretación extensiva está prohibida en materia de tipicidad disciplinaria, dado que es un veto absoluto a la analogía *iuris* y *legis in malam partem*[305]. Esta última decisión del Consejo de Estado se fundamenta en la ya sempiterna jurisprudencia constitucional, expresamente citada, según la cual también para el derecho disciplinario rigen las garantías penales, entre las cuales se encuentran "la cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía *juris*, la analogía *legis*, o la interpretación extensiva, *'in malam partem'* o para desfavorecer y en cambio la permisión para hacerlo '*in bonam partem*' o para favo-

inhabilidades de los servidores públicos del nivel territorial, puede establecer otro tipo de inhabilidades, siempre que lo haga de manera razonable y proporcional, de acuerdo con los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución. No ocurre lo mismo con el operador jurídico quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inhabilidad por tratarse de excepciones legales al derecho fundamental de los ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Así, en su aplicación no se admiten analogías ni aplicaciones extensivas" (Corte Constitucional, Sentencia SU-566 de 2019).

[303] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de tutela segunda instancia de 31 de julio de 2007 (M. P. Mauro Solarte Portilla, radicación n.° 31.972).

[304] Cita para el efecto a Isaza Serrano. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", Sentencia del 24 de julio de 2017 (C. P. Hernández Gómez, radicación n.° 11001032500020120008500 (0351-2012)).

[305] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia del 19 de febrero de 2019 (C. P. María Adriana Marín, radicación n.° 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados)).

recer"[306], lo que ratifica la Corte Constitucional en la Sentencia SU-1159 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Significa lo anterior que cuando el orden jurídico colombiano se refiere a la ley, lo hace para compatibilizar tal interpretación con los tratados internacionales, especialmente respecto del llamado "*Derecho aplicable",* que está dado en últimas por el precedente judicial que rigió durante el tiempo de la comisión de la conducta punible o el que resulte favorable retroactiva, ultraactiva o retrospectivamente.

La noción de "*Derecho aplicable*" mejora sustancialmente los estándares de garantía internos y, por ende, en dicha dirección se demanda su imperatividad como Bloque de Constitucionalidad, al tenor del artículo 5, numeral 1, del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y literal c del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, la primera norma establece la imposibilidad de interpretar una disposición del Pacto por los Estados Nacionales efectuando "su limitación en mayor medida que la prevista en él", mientras que la Convención de manera expresa y clara dispone que para aquellos está prohibido "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

He allí el principio de mejoramiento de los estándares nacionales por parte de los internacionales, lo que traducido a la que se propone significa que la expresión "*Derecho aplicable*" tiene un mayor contenido de garantía que la expresión "*Ley*".

Es así como la segunda parte del numeral 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa la idea de favorabilidad ultraactiva, haciendo mención del *Derecho nacional o internacional* referido en la parte primera, lo cual sin duda alguna tiene alcances muy diferentes cuando se utiliza la palabra "*ley*", tal cual sucede en la tercera parte del Pacto y en sus artículos 13 y 14.

Más claro aún es el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que allí, sin hesitación alguna, se habla de "*Derecho aplicable*" en el sentido aquí señalado, un contraste muy claro si se miran los artículos 7 y 8 que se refieren a la ley, lo que resulta compatible con lo afirmado por las sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011, proferidas por la Corte Constitucional.

Tal fue el pensamiento que imperó en las discusiones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente creadora de la Carta Política de 1991, puesto que se afirmó, en una primera aproximación al tema, que las personas podrán invocar en su favor la interpretación jurisprudencial vigente en el

[306] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de constitucionalidad del 7 de marzo de 1985 (exp. 1259, M. P. Manuel Gaona Cruz). Extracto tomado de Legis, Jurisprudencia y Doctrina (1985, pp. 428-429). Mediante esta sentencia se juzgó la constitucionalidad de algunas de las normas del Decreto-ley 1835 de 1979, contentivo del régimen disciplinario para la Policía Nacional.

momento de dictar sentencia[307].

Dicha alta fuente creadora del Derecho se preocupó de este problema, calificándolo incluso muy graciosamente, pero de manera certera, como que la "jurisprudencia en el país es una niña juguetona", generando tal inestabilidad jurídica que "en algunas materias, asuntos similares se despachan de manera diferente"[308]. Posteriormente se repitió, con algún giro significativo, la misma fórmula, pero señalando que la vigencia estaba cifrada "en el momento de ocurrencia del hecho o acto que origina la pretensión"[309].

Si bien los anteriores preceptos no se convirtieron en legislación positiva, sí son indicativos de que no son contrarios al espíritu del ordenamiento jurídico constitucional, los cuales pueden ser admitidos por la vía interpretativa que aquí se propone.

Estas disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos forman parte del Bloque de Constitucionalidad por vía del artículo 93 de la Constitución, y condicionan por tanto la actuación de los poderes públicos, incluidas, desde luego, las autoridades judiciales. Estas se refieren al principio de favorabilidad de manera considerablemente generosa y amplia, en cuanto no limitan en ningún caso la aplicación de una u otra disposición; simplemente es seleccionada aquella que, de cualquier forma, incrementa para bien la situación del disciplinado, y de la otra, porque no excluyen de su contenido ningún evento de benignidad, o sea que no aluden a excepciones a la benignidad.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos demanda, en la interpretación de normas prohibitivas para el ejercicio de derechos constitucionales fundamentales, también una interpretación *pro homine*.

En efecto, así se ha pronunciado en la sentencia del 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") contra Venezuela, párrafo 217:

> *La jurisprudencia de la Corte ha utilizado el artículo 29 de la Convención en tres ámbitos diferentes. En primer lugar, la Corte ha invocado las "Normas de Interpretación" del artículo 29 para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención*[310]*. El literal a*

[307] Gaceta Constitucional N.° 38 del 5 de abril de 1991, p. 12. Se mantiene igual en la Gaceta Constitucional N.° 75 del 16 de mayo de 1991, p. 2.

[308] Gaceta Constitucional N.° 54, del 17 de abril de 1991, p. 18.

[309] Así en su versión final de la Comisión Cuarta, según Gaceta Constitucional N.° 83 del 27 de mayo de 1991, p. 29.

[310] La Corte ha considerado pertinente "tom[ar] en cuenta, a la luz de las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, la significación de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio" para lo que "el Tribunal consider[ó] útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana" (véase caso Masacres de Ituango contra Colombia, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C, N.° 148, párrafos 154 y 157). Asimismo, en la Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte estimó necesario "recordar lo prescrito por el artículo 29 de la Convención" con el objeto de definir "si los procedimientos regulados por

ha sido utilizado para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención[311]*. De la misma forma, utilizando el literal b de dicho artículo, la Corte ha interpretado las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales*[312]

---

los artículos 25.1 y 7.6 están comprendidos dentro de las 'garantías judiciales indispensables' a que se refiere el artículo 27.2" (véase el Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías [Arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, N.°. 8, párrafos 15 a 17).

[311] Al respecto, se ha determinado que las responsabilidades ulteriores que podían restringir el derecho a la libertad de expresión debían ser no solamente "necesarias", como lo establecía el artículo 13, sino específicamente "necesarias en una sociedad democrática" (véase la Colegiación Obligatoria de Periodistas [Arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N.° 5, párrafos 41 a 44). También se ha hecho uso del artículo 29 para señalar que "no se debe interpretar una reserva a fin de limitar el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a un mayor alcance que aquel dispuesto en la reserva misma" (véase Restricciones a la Pena de Muerte [Arts. 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Serie A, N.° 3, párrafo 66; y el caso Boyce y otros contra Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, N.° 169, párrafo 15). Además, se ha interpretado el alcance de las reservas o condiciones que pueden establecer los Estados al aceptar la competencia contenciosa de la Corte. Al respecto, el Tribunal ha establecido que "no tendría sentido suponer que un Estado que decidió libremente su aceptación a la competencia contenciosa de la Corte, haya pretendido en ese mismo momento evitar que ésta ejerza sus funciones según lo previsto en la Convención" (véase caso Benjamín y otros contra Trinidad y Tobago, Excepciones Preliminares, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C, N.° 81, párrafo 81; y caso Constantine y otros contra Trinidad y Tobago, Excepciones Preliminares, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C, N.° 82, párrafo 81).

[312] En este sentido, cabe destacar la inclusión del derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas o tribales dentro del derecho a la propiedad privada del artículo 21 (véase caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, N.° 79, párrafos 147, 148 y 153; caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C, N.° 125, párrafos 124, 126 y 127; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, N.° 146, párrafos 117 y 118, y caso del Pueblo Saramaka contra Suriname, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, N.° 172, párrafos 92 y 93). Asimismo, resalta la interpretación de esta Corte según la cual el artículo 22 de la Convención comprende "el derecho a no ser desplazado forzadamente" (véase caso de la "Masacre de Mapiripán" contra Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, N.° 134, párrafo 188). Otro ejemplo en este sentido lo constituye el haber interpretado el derecho de los niños a no ser reclutados en fuerzas o grupos armados como comprendido dentro del artículo 19 de la Convención (véase caso de la "Masacre de Mapiripán" contra Colombia, párrafo 153).

y en normas de derecho interno[313]*. Asimismo, se ha utilizado el literal c para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno*[314]*.*

218. En segundo lugar, el artículo 29 ha sido utilizado para fijar criterios de interpretación, tales como el principio de "interpretación evolutiva" de los tratados de derechos humanos, que es "consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas" en dicho artículo[315]*. Asimismo, se ha desarrollado el principio de "aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos" como derivado del artículo 29.b)*[316] *y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29.a)*[317] *[cursivas añadidas].*

El mismo Tribunal Internacional, por sentencia del 1 de septiembre de 2011, caso López Mendoza contra Venezuela, párrafo 108, ha dicho:

La Corte estima pertinente reiterar que "el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Conven-

[313] A la luz del derecho interno, esta Corte ha permitido la inclusión del "derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión" en el artículo 21 convencional (véase caso "Cinco Pensionistas" contra Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, N.° 98, párrafos 101-103) y la exigencia de una protección específica de los derechos políticos para los miembros de comunidades indígenas y étnicas (véase caso Yatama contra Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 203-205).

[314] Mediante la aplicación del artículo 29.c, la Corte ha interpretado el alcance del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 convencional para los procesos administrativo-sancionadores (véase caso Baena Ricardo y otros contra Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, N.° 72, párrafos 105 y 106) y ha declarado a los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas como víctimas, a su vez, de una violación del artículo 8.1 de la Convención (véase caso Blake contra Guatemala, Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C, N.° 36, párrafos 96 y 97).

[315] Véanse: caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 67, párrafo 148; caso "Cinco Pensionistas", supra nota 68, párrafo 103; caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 67, párrafo 125; Caso de la "Masacre de Mapiripán", supra nota 67, párrafo 106; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 67, párrafo 117, y caso de las Masacres de Ituango, supra nota 65, párrafo 155.

[316] Véase la Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 66, párrafo 52; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman contra México, 21 de marzo de 2007, párrafos 180 y 181, y caso de la "Masacre de Mapiripán", supra nota 67, párrafo 106.

[317] Véanse caso Benjamín y otros, supra nota 66, párrafos 63 y 81; caso Constantine y otros, supra nota 66, párrafos 63 y 81; caso Carpio Nicolle y otros contra Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre 2004, Serie C, N.° 117, párrafo 132, y caso Yatama, supra nota 68, párrafo 204.

ción[318] y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de "oportunidades". Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos[319].

Las enseñanzas anteriores son contundentes. Los derechos humanos convencionales y los derechos constitucionales fundamentales conforman un entramado de garantías cuya apreciación tiene que efectuarse de manera sistemática e integral, debidamente contextualizada en cuanto a lo constitutivo de fuentes del Derecho e interpretación normativa, dos caras de la misma moneda. En una ecuación simbiótica, tienen un significado perfecta y coherentemente intercambiable.

Muestra irrefutable de ello es lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Política. En su inciso 1.° se ancla el llamado Bloque de Constitucionalidad, pues al disponer que "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno", da cuenta de los derechos humanos como fuentes del Derecho.

Ahora, en su inciso 2.º se establece que "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Esto implica que dichos tratados son considerados como criterios de interpretación, lo que muestra su otra cara, ambas complementándose mutuamente.

Si así son las cosas, entonces la favorabilidad, como expresión del principio de legalidad, es asunto vinculado con las fuentes del Derecho, pero la favorabilidad como expresión de la interpretación jurisprudencial es la otra cara y complementariedad mutua de la misma moneda, que sirve a la aplicación del ordenamiento jurídico –*artículo 230 de la Carta Política*– en toda su extensión e intensidad.

La ley y su texto –"*disposiciones y enunciados jurídicos*"– dan cuenta de la favorabilidad, pero las normas jurídicas o contenidos normativos son el significado que emana de la ley explícita o implícitamente, dando cuenta de su interpretación. Estas, sincrónica y sinérgicamente, permiten el surgimiento de subreglas jurídicas constitutivas de la institución de la jurisprudencia constitucional de obligatorio cumplimiento o la doctrina probable, diferencia que viene marcada por lo dispuesto en la Sentencia C-325 de 2021 de la Corte Constitucional y de lo que sobre el tema ha desarrollado la filosofía jurídica contemporánea[320].

[318] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman contra México, 21 de marzo de 2007, párrafo 143.

[319] Véase caso Yatama, supra nota 68, párrafo 195.

[320] Para el efecto, Tullio Ascarelli. "Jurisprudencia Constitucional y Teoría de la Interpretación" en Disposición Vs Norma, Susanna Pozzolo & Rafael Escudero (Editores), Lima, Palestra Editores, 2011.

Inicialmente, se afirmó en la Sentencia C-192 de 2017 que "en principio, una disposición o enunciado jurídico corresponde al texto en que una norma es formulada, tales como artículos, numerales o incisos, aunque estas formulaciones pueden encontrarse también en fragmentos más pequeños de un texto normativo, como oraciones o palabras individuales, siempre que incidan en el sentido que se puede atribuir razonablemente a cada disposición. Las normas, siguiendo con esta construcción, no son los textos legales sino su significado. Ese significado, a su vez, solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos, según la forma en que cada intérprete les atribuye significado". Por la Sentencia C-312 de 2017 se ratificó el anterior concepto como se puede apreciar sin dubitación alguna en su Fundamento Jurídico N.° 6.

La Sentencia C-325 de 2021 ya precisa, de manera más exacta, que "las normas no son los textos legales sino su significado", pues los textos legales son los enunciados o disposiciones jurídicas, en cambio, la norma o el significado "solo puede hallarse por vía interpretativa". La interpretación implica creación del Derecho, para lo cual cita a Rubio Llorente, haciendo referencia los primeros a "la dimensión formal de la ley (texto normativo-disposición jurídica) o de la órbita material (norma jurídica), según sea el caso[321]. Lo anterior, porque el Legislador no puede contemplar en abstracto todas las variables jurídicas derivadas de la regulación implementada[322]", lo que revela muy claramente que del texto de la favorabilidad como regulación del texto de la ley, disposición o enunciado jurídico, bien surge de la interpretación la favorabilidad de la jurisprudencia como norma jurídica o sentido de la ley. Esto no es más que la muestra de las dos caras de la misma moneda de lo que es la fuente del Derecho *-el enunciado o la disposición jurídica-* y la interpretación de la fuente *-la norma o el sentido jurídico del texto interpretado-*, conforme a las sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011.

[321] González Beilfuss, M. Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2000, p. 57.

[322] Zagrebelsky G. Realismo y concreción del control de constitucionalidad. El caso de Italia. En V.V. A.A., El canon neoconstitucionalidad, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010, p. 558.

REFERENCIAS

Ascarelli Tullio. "*Jurisprudencia Constitucional y Teoría de la Interpretación*" en Disposición Vs Norma, Susanna Pozzolo & Rafael Escudero (Editores), Lima, Palestra Editores, 2011.

Gómez Méndez Alfonso. *Proyecto de Ley por la cual se expide el Código Penal*, Bogotá, Imprenta Nacional-Fiscalía General de la Nación, 1998.

González Beilfuss M. *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Osorio Isaza Luis Camilo & Morales Marín Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

Rubio Llorente Francisco. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, Ariel Derecho, 1995.

Zagrebelsky G. *Realismo y concreción del control de constitucionalidad. El caso de Italia*. En V.V. A.A., El canon neoconstitucionalidad, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

VEINTIDOSAVO ESTUDIO

Sesgos cognitivos:
peligros que acechan contra
la verdad y la justicia

INTRODUCCIÓN

En términos generales, desde el punto de vista científico, los expertos afirman que "la ciencia como pensamiento organizado se encuentra sujeta a normas y principios que se plasman en la práctica cotidiana del sujeto que piensa y hace investigación. Alineado con ello, es posible identificar comportamientos irracionales denominados *sesgos cognitivos*, los cuales afectan el resultado de todo proceso de indagación y generación de conocimiento"[323]. Estos implican que "los seres humanos presentamos una serie de sesgos cognitivos que nos ayudan a defendernos ante los diversos conflictos que se presentan en su vida. Éstos son importantes, puesto que ayudan a tomar ciertas decisiones en situaciones de incertidumbre o pueden ayudar a propagar mejor ciertas ideas; de hecho, agilizan y facilitan la labor *cognitiva* de la persona. Debido a que, como especie, requerimos un repertorio de conductas amplio y variado para poder sobrevivir, el aprendizaje y la experiencia condicionará nuestras capacidades y nuestras respuestas ante determinados eventos y entornos"[324]. Es importante, además, precisar que el aprendizaje de todo organismo vivo, incluido el de los humanos, se sustenta en la necesidad de predecir lo que puede ocurrir ante los ambientes cambiantes, buscando, por supuesto, eliminar la incertidumbre, toda vez que "nos manejamos mal en la incertidumbre y buscamos certezas"[325].

Pero también se enseña que, por ejemplo, en los procesos de racionalización que vienen después de la realización de una conducta o de la toma de decisiones, si estas son producto de las emociones es conveniente y oportuno no llevarlo a cabo; es decir, debe evitarse el proceso de racionalización, dado que por su carácter meramente intuitivo puede conllevar a la comisión de errores hacia el futuro[326]. Se advierte de la impor-

[323] Manuel Villarruel-Fuentes. "El quehacer del científico: Una perspectiva crítica desde referentes psicológicos" en Revista Ensayos Pedagógicos Vol. XIV, N.º 1 Enero-junio, 2019, México, 2019, p. 55 en https://www.academia.edu/40592170/El_quehacer_del_científico_Una_perspectiva_crítica_desde_referentes_psicológicos, consultado el 20 de octubre de 2023.

[324] Germán Albeleira. "Sesgos cognitivos: definición, tipos y relación con la Neurociencia" en Hablemos de Neurociencia, 2018, en https://hablemosdeneurociencia.com/sesgos-cognitivos-definicion-tipos-y-relacion-con-la-neurociencia/, consultado el 20 de octubre de 2023.

[325] Cfr. Juan M. Rosas Santos. "Psicología del aprendizaje. No tan distintos del perro de Pávlov" en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2023, pp. 84 y 85.

[326] José María Martínez Selva. "Cómo decidimos. Afronta el azar y la incertidumbre en la toma de decisiones" en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021, p. 141.

tancia del conocer y manejar las emociones para una adecuada toma de decisiones y una apropiada interacción social, hasta el punto de que se cifra en ello que las mismas condicionan "nuestra vida, el éxito personal y profesional, nuestra salud, bienestar y felicidad, así como el progreso de la sociedad". Por lo tanto, se hace necesario una "revolución emocional" que "permita a las personas conocerse mejor a sí mismas y a los demás para afrontar la incertidumbre, la inseguridad y la desprotección en la que nos hallamos inmersos", toda vez que "conocernos a nosotros mismos supone una herramienta asombrosa para conocer a los demás" y "aprendemos mucho de nosotros mismos cuando conocemos a otras personas y navegamos por sus mentes" cuando se trata de "entender cómo funcionan nuestras emociones"[327].

Se advierte por quienes han abordado el tema que "podríamos quizás estimular y a la vez advertir para que nuestras elaboraciones y sobre todo prácticas jurídicas tomen en cuenta y examinen más detalladamente estos, por así decir enemigos, que se producen una y otra vez y que nos hacen 'previsiblemente irracionales'"[328]. Desde la perspectiva jurídica, muy claramente se afirma que "un sesgo cognitivo es una desviación sistemática, involuntaria e inconsciente de una norma o de un estándar de racionalidad al emitir un juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción. No se trata de un simple error, sino de comportamientos que ocurren consistentemente bajo circunstancias similares, y que por tanto son predecibles y replicables"[329]. Por supuesto, lo que hoy que se conoce sobre los sesgos cognitivos contribuye a su prevención o, al menos, para el manejo de sus consecuencias, y a evitar sus resultados negativos, "pero no existen recetarios que abarquen cada situación concreta"[330].

Los sesgos cognitivos son una problemática identificada recientemente por las ciencias psicológicas[331], especialmente a partir de los estudios en los años setenta del siglo XX por Daniel Kanheman y Amos Tversky. Estos estudios han tomado una gran dinámica y profundidad desde entonces, pero también a veces un tratamiento *ligth* y

[327] Pablo Fernández-Berrocal. "Inteligencia Emocional. Aprender a gestionar las emociones" en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021, pp. 12 y 13.

[328] José Francisco Bustamante Requena. "Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba" en Master en razonamiento probatorio Universitat de Girona, 2021, p. 3 en https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/19419, consultado el 21 de octubre de 2023.

[329] Andrés Páez. "Los sesgos cognitivos y la legitimidad de las decisiones judiciales" en Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas, Federico José Arena, Pau Luque & Diego Moreno Cruz (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 191.

[330] Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit., p. 139.

[331] Por ejemplo, Alba Celina Massolo, Patricia Scherman & Mariel Traversi. "Sesgos cognitivos: Un estudio sobre evaluación de argumentos" en XI Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVI Jornadas de Investigación. XV Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. I Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. I Encuentro de Musicoterapia. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2019.

hasta facilista, que parece que originara una idea de los sesgos generando sesgos, pues trata de aplicarse a cualquier tema sin distinguir la marca e impronta evolutiva que estos tienen, reduciéndolos a veces a simples prejuicios[332]. Esto se debe a las múltiples e ingentes investigaciones desde varias ópticas que han generado una "gran polisemia al vocablo"[333], además impulsados por el marketing publicitario y el deseo de construir nichos productores de mercancías que obnubilan las repercusiones de temas tan serios como los que enarbolan los sesgos en la toma de decisiones. Este es un campo último donde la conducta de otros puede ser manipulada, puesto que en temas publicitarios y políticos la persona es objeto de aprovechamiento de "sus debilidades y errores, es decir, de sus sesgos"[334].

La vinculación de los sesgos cognitivos con las decisiones de tipo económico fueron la fuente material de su brote en la vida moderna y la preocupación por su estudio científico por parte de los psicólogos, hasta el punto de ser catalogada como su especialidad con el título de "*economía conductual*". Se enfatiza, muy adecuadamente, que se trata de un "proceso [que] se produce de manera **inconsciente** y se ve influenciado por sesgos, emociones, tendencias y otros elementos"[335]; es decir, su principal campo de aplicación, incluso en el cual se generó, fue en lo económico[336], pero lo psicológico no puede minimizarse, toda vez que se descubrió que, por virtud de ello, las decisiones que en el campo económico se consideraban como muy racionales, en la realidad práctica no lo son:

> *Muchos de estos sesgos cognitivos son el resultado de que nuestras mentes utilicen pequeños atajos para ayudarnos a navegar a través de un mundo complicado.*

---

[332] "Sesgo o, más específicamente, sesgo cognitivo se refiere entonces a un tipo de procesamiento de información influenciado por variables emocionales. Resulta realmente muy difícil dar una definición acabada de la palabra sesgo pues, desde su introducción en 1970 por Amos Tversky y Daniel Kahneman, la misma ha sido excesivamente utilizada, generándose por lo tanto una gran polisemia del término" [CETECIC. "Sesgos cognitivos: atajos en el procesamiento de la información" en Psyciencia, 2021 en https://www.psyciencia.com/sesgos-cognitivos-atajos-en-el-procesamiento-de-la-informacion/, consultado el 20 de octubre de 2023].

[333] José Dahab, Ariel Minice & Carmela Rivadeneira. "Sesgos cognitivos" en Revista de Terapia Cognitiva Conductual N.° 47 Noviembre de 2021, CETECIC -https//cetecic.com.ar/-, en https://cetecic.com.ar/revista/pdf/sesgos-cognitivos.pdf, consultado el 21 de octubre de 2023.

[334] Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit., p. 136.

[335] Cfr. Pamela López. "¿Qué es 'behavioral economics' y por qué es importante para un banco?" en FX in BBVA, 2018 en https://www.bbva.com/es/innovacion/que-es-behavioral-economics-y-por-que-es-importante-para-un-banco/, consultado el 20 de octubre de 2023.

[336] Por ejemplo, pululan los sitios web que dan cuenta de ello, como se puede apreciar con Inboundcycle. "5 Sesgos cognitivos que te ayudarán a vender más y mejor en tu negocio [con ejemplos]" en https://www.inboundcycle.com/blog-de-inbound-marketing/sesgos-cognitivos-en-marketing-que-son, consultado el 20 de octubre de 2023.

Desafortunadamente, el resultado de estos sesgos cognitivos puede ser que tomemos decisiones irracionales.

Comprender cómo operan estos sesgos cognitivos puede ayudarlo a tomar mejores decisiones en todo tipo de situaciones, tanto en el hogar como en el trabajo.

Sin embargo, más que eso, te ayudará a comprender tu propia mente[337].

Son los psicólogos quienes se encuentran mejor capacitados para entender y descifrar las conductas afectadas por los sesgos cognitivos. Es necesario ser cauteloso al tomar cualquier apreciación sobre ello, por mucho que el tema se encuentre extendido, pues puede sufrir perversiones y variaciones malintencionadas o conductoras de malas prácticas. Debemos tener en cuenta, como se ha visto, que por virtud de estos sesgos "**nos dejamos influir por factores aparentemente irrelevantes y fallamos al considerar la evidencia** (Blanco). Lo que es más sorprendente es que esta tendencia a cometer sesgos cognitivos se presenta de manera sistemática; es decir, la gente falla ante el mismo problema cometiendo el mismo error"[338], lo que revela su carácter inconsciente, pues si se es consciente de ello, estamos frente a fenómenos defraudatorios de la buena fe como principio de la interacción social (artículo 83 de la Carta Política)[339].

---

[337] Zero Psicólogos. "Sesgos cognitivos: ¿Por qué tomamos decisiones irracionales?" en Zero Blog, Palma de Mallorca en https://www.zeropsicologos.com/blog/sesgos-cognitivos-por-que-tomamos-decisiones-irracionales/ , consultado el 20 de octubre de 2023.

[338] "Sin embargo, estos sesgos cognitivos no son necesariamente malos, pues se articulan como atajos que nos ayudan a pensar más rápido, a emitir juicios disponiendo de recursos limitados e incluso a interpretar la realidad objetiva de una forma más ágil y económica -desde el punto de vista de los recursos cognitivos-.

Conocerlo estos sesgos cognitivos nos ofrece la oportunidad de entender de manera más profunda la forma tan compleja en que los seres humanos procesamos la información que recibimos del mundo y los factores que intervienen en el proceso de tomar de decisiones. Por desgracia, el conocerlos no nos garantiza el poder evadirlos, los sesgos cognitivos son hábitos enraizados de forma muy profunda en nuestra naturaleza. De hecho, el suponer que se tiene control de un recurso mental por el solo hecho de saber de él, es en sí un sesgo cognitivo (G. I. Joe Falacy). Al final, solo nos queda desarrollar un sentido de empatía hacia las demás personas al entender que toda postura ideológica y decisión es mucho más compleja que una simple elección racional" (R. Mauricio Sánchez. "5 sesgos cognitivos que cometes diariamente" en Mente y Ciencia Interactive Brokers, 2020, en https://www.menteyciencia.com/5-sesgos-cognitivos-que-cometes-diariamente/, consultado el 20 de octubre de 2023).

[339] "Sin embargo, si dejamos por un momento de lado la referencia al error y equivocación,

Podremos ver con más claridad un conjunto de opciones y estructuras que el hombre desarrolla para enfrentar ese contexto de incertidumbre el cual regularmente exige decisiones rápidas. Este sería el ámbito tanto de las reglas heurísticas como de los sesgos [...] En cuanto al concepto de sesgo es posible destacar un primer sentido, según el cual producto de la utilización de reglas heurísticas, aparecen sesgos como consecuencia de error o equivocación. Esto supone que los sesgos serían un producto anómalo de dicho

Ya la preocupación por la "*moda*" en las ciencias duras es notable, lo que ha generado reacciones de advertencia en los más prestigiosos científicos de actualidad, hasta el punto de que podrían colarse tales argumentaciones de eslogan en los más serios temas de las ciencias básicas[340]. Los cultivadores de la ciencia deben rechazar el marketing comercial, que crece como espuma pero desinfla expectativas cuando se les echa agua, lo cual también ha tenido ocurrencia con el abuso de la anteposición del prefijo "*neuro*" a todo tipo de campañas publicitarias destinadas estratégicamente para "*vender humo*".

De igual manera, un fenómeno de mucha actualidad que se ha convertido en una gangrena social que pone en peligro la cohesión y estabilidad de las sociedades es la perniciosa idea de la posverdad, a la que la prensa responsable ancla en los sesgos cognitivos[341]. Aunque compartimos su rechazo, nos apartamos de ello por la utilización de su ejemplo como sesgos cognitivos, pues no son procesos comunicativos producto del inconscientes, sino, por el contrario, muy tendenciosamente dirigidos que no alcanzan a clasificar técnicamente como tales. Sin embargo, la prensa, como expresión de las preocupaciones reales en la sociedad, muestra su inquietud respecto a los efectos de los sesgos cognitivos en la Administración de Justicia, lo cual obviamente trae resultados devastadores[342].

Al interior de la Administración de Justicia son preocupantes los sesgos cognitivos[343], pero también no debe olvidarse que están presentes en los hechos conflictivos que son sometidos a su conocimiento. Tienen, en consecuencia, el don de la ubicuidad al encontrarse en todas partes al mismo tiempo[344].

---

procedimiento. Esta definición, se remonta a los estudios de los psicólogos Kahneman & Tversky y los mostraría como una especie de subproducto de limitaciones de procesamiento informativo, siendo una de las explicaciones más difundidas" (Bustamante Requena, Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba, ob. cit., pp. 4 y 6).

340 Así, el Premio Nobel Roger Penrose. Moda, fe y fantasía en la nueva física del universo, Marcos Pérez Sánchez (Trad.), Barcelona, Penguin Random House, 2020.

341 Javier Salas. "La posverdad está en tu cerebro. Los sesgos cognitivos nos dejan a merced de las mentiras de los políticos a los que votamos" en el País, 17 de diciembre de 2016, en https://elpais.com/elpais/2016/12/14/ciencia/1481728914_575054.html, consultado el 20 de octubre de 2023.

342 Nora Bär. "Neurociencia: ¿Están los jueces y abogados libres de sesgos al juzgar las acciones penales?" en La Nación, 10 de noviembre de 2020, Madrid, 2020, en https://www.lanacion.com.ar/ciencia/neurociencia-estan-jueces-abogados-libres-sesgos-al-nid2504754/, consultado el 20 de octubre de 2023.

343 Citando a Gigerenzer & Gaissmaier, señala a propósito que "una heurística es una estrategia que ignora parte de la información, con el objetivo de decidir más rápido, frugalmente y/o con más precisión que con métodos más complejos" (Bustamante Requena, Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba, ob. cit., p. 5).

344 Don de la ubicuidad en el sentido más intenso y extenso de la palabra (Jerrell Forman. Sesgos Cognitivos. Una fascinante mirada dentro de la psicología humana y los métodos para evitar la disonancia cognitiva, mejorar sus habilidades para resolver problemas y

Distinguir entre lo serio y lo banal en los múltiples estudios, profundos y ligeros, hasta irresponsables otros, evidencia la acogida e importancia del tema, imposible de soslayar cualquiera que sea el campo en el cual nos encontremos. Estos estudios revelan que los "atajos mentales que hemos desarrollado los seres humanos para poder tomar decisiones de manera más rápida y eficaz en nuestro día a día" cuestionan los procedimientos y resultados objetivos de las ciencias, de lo cual no se libran ni siquiera las encuestas. Ello es bienvenido, aunque parece que nuestro tema se generalizara y vulgarizara confundiéndose con otros fenómenos similares, puesto que a renglón seguido se afirma que "los sesgos se van desarrollando internamente en función de nuestras experiencias pasadas, preconceptos e ideas preestablecidas", catalogando en particular para la materia los sesgos del encuestador y los sesgos del encuestado[345], los cuales se nos ofrecen no como sesgos cognitivos, sino como manipulación consciente de los métodos y resultados a través de los malos procedimientos o malas prácticas que conducen tendenciosamente a fraudes de etiqueta, pues la característica principal del sesgo cognitivo es que es un producto mental que se genera en el inconsciente, aunque el contexto puede sugerir que existen otros sesgos conscientes.

Estudios disponibles para todos dan cuenta de ello, pues identifican la equiparación de sesgos cognitivos con otros fenómenos *-podrían ser malos hábitos, se nos ocurre-*, pero enfatizan en que los propiamente cognitivos *-no sesgos en general-* son inconscientes, y destacan su utilización estratégica y comercial por el mundo de los publicistas[346], quienes se aprovechan de las falencias del público en general para "*pescar en río revuelto, agregamos nosotros*", pero donde muy atinadamente destacan los psicólogos:

> *Los sesgos cognitivos son atajos mentales que evolutivamente han sido útiles porque nos han permitido tomar decisiones de forma más rápida.*
>
> *La psicología cognitiva estudia estos atajos, así como otras estrategias y estructuras que utilizamos para procesar la información, habiendo identificado una gran cantidad de ellos, que con frecuencia están relacionados entre sí. Más adelante vamos a explicar brevemente muchos de ellos.*
>
> *Si bien pueden ser útiles, en ocasiones la falta de racionalidad, de información u objetividad nos pueden llevar a equivocación. Estos errores sistemáticos en los procesos cognitivos (pensamiento, percepción, memoria, entre otros) nos producen una desviación en*

tomar mejores decisiones, Estados Unidos, 2020, pp. 1 y 21; David Robson. "El (muy extendido) sesgo cognitivo que estuvo detrás de algunas grandes catástrofes de la historia" en BBC News Mundo, 2019, en https://www.bbc.com/mundo/vert-cul-50414114, consultado el 20 de octubre de 2023].

[345] Cfr. https://es.surveymonkey.com/mp/tipos-de-sesgos/, consultado el 20 de octubre de 2023.

[346] Cfr. https://www.ionos.mx/digitalguide/online-marketing/vender-en-internet/que-es-un-sesgo-cognitivo/, consultado el 20 de octubre de 2023.

el procesamiento mental, nos pueden alejar de la racionalidad o nublar nuestro juicio[347].

Refulge otra característica de los sesgos cognitivos como fenómenos mentales y psicológicos derivados y vinculados necesariamente con la evolución humana[348], pues no tienen carácter de coyuntura, sino de sistematicidad: su soporte no es racional y afectan facultades psicológicas superiores.

En consecuencia, si ello es así, pensamos que los sesgos cognitivos están enraizados fundamentalmente en la memoria filogenética humana, pero en general en todos los fenómenos psicológicos que tienen que ver con la codificación, almacenamiento y recuperación de la información que se requiere para la supervivencia. Esto significa que deben ser estudiados a la par con ella, toda vez que, por ejemplo, pueden surgir problemas de sesgos en cuanto al funcionamiento de la memoria, la cual no opera como una cámara fotográfica, sino que es lábil, dinámica y cambiante. La memoria se está reeditando cada vez que se evoca el recuerdo, variando en consecuencia cada vez que se rememora un suceso, pues realmente de lo que se acuerda el sujeto posteriormente es de lo ultimó que se rememoró al evocarla, introduciéndole episodios nuevos que liga con los originales, dando origen a falsas memorias, pues la memoria no surgió evolutivamente para asegurar la fidelidad con los históricamente sucedido, sino como un mecanismo de supervivencia; lo que importa en definitiva es que sirva para este propósito[349].

Así entonces, los sesgos cognitivos y los heurísticos que los caracterizan son una "especie de atajos cognitivos mediante los cuales las personas activan determinadas respuestas automáticas ante situaciones muy concretas. Estos atajos cognitivos presentan algunos problemas porque ante una situación concreta se puede tener una respuesta automática que en cierto momento (o ante otras circunstancias) puede no ser la más adecuada, y entonces habría que desestructurar la respuesta automática en detrimento de una respuesta nueva que se ajuste mejor a las demandas de la situación"[350].

Los hábitos, así como se forman y estruc-

[347] Cecilia Cores. "50 sesgos cognitivos que deberías conocer" en Centro Psicológico en https://ceciliacorespsicologa.es/page/2/?s, consultado el 20 de octubre de 2023.

[348] "El cerebro humano, una máquina formidable y maravillosa, es el resultado evolutivo de la presión selectiva por asegurar la supervivencia y la reproducción individual en un mundo muy diferente del actual. Durante la mayor parte de la historia de nuestra especie, hemos sido cazadores-recolectores. En la actualidad, los humanos tenemos que confiar en facultades cognitivas que funcionaron bien en las sociedades tradicionales pero que hoy sabemos están repletas de defectos" (Emilio Marañón. "Bases de psicología cognitiva para el aprendizaje y la práctica de la ciencia" en Universidad de Vigo, 2020, p. 15 en https://www.researchgate.net/publication/359502501_Bases_de_psicologia_cognitiva_para_el_aprendizaje_y_la_practica_de_la_ciencia, consultado el 21 de octubre de 2023).

[349] Emilio García García. "Memoria. Recordar y olvidar" en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021.

[350] Albeleira, Sesgos cognitivos: definición, tipos y relación con la Neurociencia, ob. cit.

turan, pueden ser modificados y cambiados[351], lo cual también puede predicarse de los sesgos cognitivos. Incluso, son susceptibles de modelar respecto de aquellos que resulten funcionales y beneficiosos para la organización, puesto que sus tratamientos se muestran idóneos, aptos y muy poco invasivos a los derechos fundamentales de la persona en cuanto resulten compatibles con el interés general, sin sacrificios irrenunciables para la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.

La educación, la enseñanza y el entrenamiento, como toda forma de aprendizaje bien informado y canalizado, se constituyen en un muy buen instrumento para el cambio de comportamientos como afirma la neurociencia. En efecto, se dice que si vinculamos a los procesos de aprendizaje las emociones, y así estos resultan selectivos y creativos, podemos obtener mayor eficacia y eficiencia en ellos, especialmente en su captación de sentido y duración en la memoria en cuanto experiencias vitales. Cumplen un muy activo papel aquellos tipos de aprendizaje más primitivos desde la habituación y la sensibilización hasta otros más complejos como los asociativos –*condicionamiento clásico e instrumental*– y los sociales, todo lo cual facilita que nos adaptemos a situaciones del presente como también nos proyectemos hacia el futuro[352].

Nordell es muy clara y contundente cuando afirma que "aprender sobre los sesgos en profundidad motiva a las personas a luchar contra ellos"[353], lo cual es un concepto válido para emprender una cruzada personal e institucional contra estos.

Respecto de los sesgos cognitivos, es preciso revelar su importancia para la educación y formación de los juristas, muy especialmente en nuestra esfera de influencia de los defensores públicos, toda vez que en ellos descansa la misión y función constitucional de que se haga justicia material en los conflictos donde se ven involucradas las personas más débiles de la interacción social. Por lo tanto, estas apreciaciones resultan muy válidas al respecto:

> *Pensamiento crítico y reflexivo como competencia del siglo XXI*
>
> *La educación durante las últimas décadas se ha perfilado como uno de los principales pilares de la sociedad, donde distintos estamentos sociales, políticos y culturales han influenciado en la enseñanza para convertirla en*

[351] Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero. "La formación de hábitos y el libre albedrío" en Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019, pp. 563 y ss.

[352] Mara Dierssen. "¿Cómo aprende (y recuerda el cerebro)? Principios de neurociencia para aplicar en la educación" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 10 y ss, 23 y ss.

[353] Jessica Nordell. El fin del sesgo. Cómo podemos cambiar nuestra mente, Nerea Gilabert Giménez (Trad.), Madrid, Tendencias, 2022, p. 25.

una instancia de mejoramiento humano (Báez y Onrubia; Manterola), pero esta forma de pensamiento ha conllevado una resistencia enorme, con mínimas condiciones educativas encaminadas a fomentar el ejercicio de pensar de manera más profunda, en una sociedad cuya ideología es la pasividad sobre los espacios de la acción cotidiana (Agredo y Burbano).

Así, surge la necesidad de reflexionar sobre la disposición a fomentar en el proceso educativo, el pensamiento reflexivo y crítico, tanto en la educación como en la vida cotidiana (Butler).

Esta forma de pensamiento se ve afectado por múltiples situaciones en su aplicación, debido a que no se integran mecanismos de enseñanza adecuados para educar de una forma significativa en la toma de decisiones, en su entorno social y escolar (Agredo y Burbano; Saiz). Es por esto que surge la necesidad de reflexionar sobre la disposición del pensamiento reflexivo, crítico y creativo, así como su aplicación en la vida cotidiana.

El desarrollo del pensamiento como un ejercicio de autonomía y desarrollo del ser, se relaciona con procesos de transferencia del conocimiento; este proceso es afectado por diversos mecanismos, tanto cognitivos, como emocionales y sociales (Valenzuela y Nieto), que se encuentran igualmente presentes en los espacios de enseñanza adecuados para educar de una forma significativa.

El pensamiento crítico, es una forma de razonamiento profundo y reflexivo, en él, se integran múltiples factores de análisis, percepciones, razonamientos, que afectan la forma de actuar en la vida cotidiana (Butler; Saiz; Saiz y Rivas). Debido a que el pensamiento crítico es un proceso racional e intersubjetivo, el cual es afectado por distintos factores sociales, culturales, educativos, psicológicos que inciden en el sujeto en la toma de decisiones. Esta forma de pensamiento se ha propuesto hoy en día como uno de los ejes fundamentales de la sociedad y a y a su vez, es el instrumento transformador de las condiciones existenciales del sujeto (Saiz)[354].

Así entonces, "aunque muchas veces nos sirven como vías rápidas para solventar ciertas situaciones que se nos plantean (como, por ejemplo, los heurísticos), los sesgos cognitivos pueden conducirnos a tomar decisiones erróneas al no valorar todas las perspectivas posibles de determinadas situaciones. Comprender que diferentes procesos psicológicos básicos (memoria, emoción...) son susceptibles de modificar la respuesta posible del sujeto es importante porque se puede actuar en dichos proce-

[354] Juan Pablo Correa Gacitúaa, Carlos Javier Ossa Cornejo & Paola Sanhueza Morales. "Sesgo en razonamiento, metacognición y motivación al pensamiento crítico en estudiantes de primer año medio de un establecimiento de Chillán" en Revista de Estudios y Experiencias en Educación, Vol. 18 N.º 37, agosto, 2019, pp. 61 a 77, en https://www.scielo.cl/pdf/rexe/v18n37/0718-5162-rexe-18-37-61.pdf, consultado el 21 de octubre de 2023.

sos para orientar y guiar las respuestas que se pueden hacer en dicho momento. Una evaluación completa de la situación y una comprensión más adecuada de las situaciones y sus marcos de trabajo son importantes para ello, con lo cual saber plantear los problemas y sus diferentes situaciones se hace fundamental"[355].

Los sesgos cognitivos, dicen los expertos, "son fuerzas dinámicas y penetrantes que nos transforman tanto por dentro como por fuera"[356]. Es importante que nos concienticemos en la ardua tarea de "resistir las posibles trampas de los sesgos cognitivos", toda vez que debemos prepararnos para "reconocer por qué caemos presa de ellos. Ahora necesitamos entender cómo resistir el pensamiento fácil, automático y propenso a errores en favor de un pensamiento más reflexivo y crítico", es decir:

> *[...] el pensamiento reflexivo puede ser una herramienta valiosa para corregir sesgos cognitivos. El aspecto crítico de la reflexión crítica implica la voluntad de ser escéptico de sus propias creencias, sus reacciones intestinales y sus intuiciones. Adicionalmente, el aspecto crítico involucra un enfoque más analítico del problema o situación que está considerando. Debes evaluar los hechos, considerar las pruebas, tratar de emplear la lógica y resistir la conclusión rápida, inmediata y probable que quieras sacar. Al reflexionar críticamente sobre tu propio pensamiento, puedes tomar conciencia de la tendencia natural de tu mente a deslizarse hacia atajos mentales.*
>
> *Este proceso de reflexión crítica suele denominarse metacognición en la literatura de pedagogía y psicología. Metacognición significa pensar en pensar e implica el tipo de autoconciencia que involucra habilidades de pensamiento de orden superior. La cognición, o la forma en que normalmente nos relacionamos con el mundo que nos rodea, es un pensamiento de primer orden, mientras que la metacognición es un pensamiento de orden superior. Desde un marco metacognitivo, podemos evaluar críticamente nuestro proceso de pensamiento, volvernos escépticos de nuestras reacciones intestinales e intuiciones, y reconsiderar nuestras tendencias y sesgos cognitivos.*
>
> *Para mejorar la metacognición y la reflexión crítica, necesitamos fomentar el tipo de atención consciente de sí misma, consciente y esfuerzo que puede parecer antinatural y puede ser agotadora. Las actividades típicas asociadas con la metacognición incluyen verificar, planear, seleccionar, inferir, autointerrogar, interpretar una experiencia continua y emitir juicios sobre lo que uno sabe y lo que no se sabe*[357].

---

[355] Albeleira, Sesgos cognitivos: definición, tipos y relación con la Neurociencia, ob. cit.

[356] Nordell. El fin del sesgo, ob. cit., p. 17.

[357] Nathan Smith et al. "Introduction to Philosophy", Parte 2.2: Superar los sesgos cognitivos y participar en la reflexión crítica, LibreText, 2023 en https://www.researchgate.net/publication/341193305_Introduction_to_Philosophy/citation/download?_tp=ey-

La educación, en todos sus niveles, y la concientización sobre la existencia de los sesgos y sus efectos perjudiciales en no pocas ocasiones es un asunto a tomarse muy en serio[358]-[359]. Esto es especialmente significativo en materia de la Administración de Justicia, sobre todo la penal, de tal manera que la mejor estrategia son la motivación, divulgación y estimulación a efectos de concientizarnos y prevenirnos de los sesgos cognitivos[360].

El ser humano tiene la habilidad y la capacidad para superar estos sesgos; no está sometido al inexorable designio de la naturaleza, la causalidad y el azar a través de la prevención y el control. Si se desea minimizar errores y equivocaciones, aceptar los productos mentales de nuestro cerebro, pero con espíritu crítico[361] y ejerciendo una arquitectura de las decisiones con suficiente experiencia, información y un dinámico proceso de retroalimentación[362].

La concientización y formación de los profesionales del Derecho, especialmente de los jueces, es una alternativa valiosa. Además, se propone que con pequeños empujones o *nudges*, como los llama Thaler, contenidos en normas jurídicas o protocolos, puede afrontarse la problemática[363]-[364].

Los jueces, tanto en sentido formal-orgánico como en sentido material-sustancial, deben ser conscientes de este problema. De ellos depende en gran medida que los errores de juicio en la toma de decisiones disminuyan, puesto que resulta un imposible evitarlos por completo.

Para ello, se pueden implementar mecanismos a corto, mediano y largo plazo. Lo que no es aceptable, es la falta de respuesta para

---

Jjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY-2F0aW9uIn19, consultado el 21 de octubre de 2023.

[358] Claudia Alejandra Santizo Rodall. "Percepciones y Sesgos Cognoscitivos en la Educación Básica" en Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa, 2022, 15(2), pp. 25 a 42 en https://doi.org/10.15366/riee2022.15.2.002, consultado el 21 de octubre de 2023.

[359] Julieta Arisbe López Vázquez & Luis Miguel García Velázquez. "Sesgos y falacias en la interpretación de procesos argumentativos en el programa Pensamiento Crítico de la Escuela Nacional de Estudios Superiores (UNAM)" en Educatio Siglo XXI, Vol. 39 n.º 1 · 2021, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia (España), http://revistas.um.es/educatio, consultado el 21 de octubre de 2023.

[360] Arturo Muñoz Aranguren. "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación" en InDret Revista para el Análisis del Derecho 2/2011, Barcelona, pp. 28 y ss en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/820_es.pdf, consultado el 21 de octubre de 2023.

[361] Daniel Gilbert. Tropezar con la felicidad, Verónica Canales Medina (Trad.), Barcelona, Ariel, 2017, pp. 36 y ss. Igualmente pp. 126 y 127.

[362] Cass R. Sustein & Richard H. Thaler. Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre la salud, dinero y felicidad, Belén Urrutia (Trad.), México, Taurus, 2019, pp. 24 y ss.

[363] Cfr. Páez, Los sesgos cognitivos y la legitimidad de las decisiones judiciales, ob. cit., pp. 195 y ss.

[364] También, siguiendo a Thaler, Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit., pp. 134 y ss.

controlar los sesgos cognitivos, una tarea que debe provenir de la institucionalidad, pero también, sin excepción y escisión, de la propia responsabilidad del servidor público que Administra Justicia, del Ministerio Público y de los defensores, incluidos los Defensores Públicos.

La respuesta institucional es evidente, le corresponde al Estado garantizar y materializar el acceso efectivo a la Administración de Justicia, por supuesto, libre de sesgos cognitivos. El Estado debe proporcionar los bienes materiales, intelectuales y jurídicos para ello, cumpliendo su funcionalidad de Estado social comprometido con la configuración de una realidad social, económica, jurídica y política que cree las condiciones propicias para que los seres humanos pongan en práctica y desarrollen sus talentos al servicio de la comunidad y del Estado (Preámbulo y artículos 1, 2, 6, 123, 228 y 229 de la Carta Política). Indiscutiblemente, la capacitación es un derecho de los servidores públicos (artículo 37, numeral 3.º, de la Ley 1952 de 2019), pero a su vez, también con igual intensidad y extensividad, es un deber altamente personal de cada uno de los servidores públicos el de "capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función" (artículo 38 numeral 42 *ibidem*). Este deber no excluye el compromiso moral y jurídico de ser autodidacta en la adquisición de conocimientos para entender, comprender, abordar, solucionar y solventar los problemas a que se ve sometido por virtud del ejercicio de sus funciones. Combinados los anteriores principios, surge uno más complejo e integral como lo es el deber de "poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar el funcionamiento de la administración y proponer las iniciativas que estime útiles para el mejoramiento del servicio" (artículo 38 numeral 26 ibidem). Para los abogados, se tienen la exigencias explícitas contenidas en los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971.

Si esto es así, de lo que no hay duda, manos a la práctica[365]. Esta investigación tiene como fin introducir un principio a la modificación de aptitudes y actitudes de los defensores públicos y servidores de la Administración de Justicia en sentido formal-orgánico y material-funcional. Esto no solo implica una mejora en la labor de enjuiciamiento de todo tipo de actividades, sino también una mejora significativa en sus labores profesionales y oficiales, evitando al máximo los errores judiciales tan cotidianos de que tenemos noticia contantemente. No olvidemos que, como lo señalara el gran jurista colombiano Alejandro Aponte, los jueces son hacedores de futuro de los ciudadanos de un Estado.

Un muy buen instrumento para introducirse en el tema y adquirir la debida sensibilización es el libro de Jerrell Forman, cuya accesibilidad a la web es pública y tiene disponibilidad. Este libro explica de manera sencilla las falacias, sesgos cognitivos y heurísticos más utilizados, producto de la larga evolución humana en nuestra interacción de la vida personal, familiar, profesional, social y comunitaria. Es muy didáctico y sistemático, con explicaciones

[365] Para un panorama general y de fácil acceso, consultar a Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit., pp. 115 y ss.

sencillas y los ejemplos más caracterizados e investigados en cuanto a condicionantes psicológicos, diferentes formas de heurística, falacias y los veinte (20) sesgos cognitivos más estudiados[366].

El camino autodidacta está a la mano. Por supuesto, la temática debe ser objeto de una Política Pública a mediano y largo plazo, pero mientras llega, si es que llega, debemos tomar medidas para disminuir al máximo los daños colaterales que trae la incursión negativa en los sesgos cognitivos[367]-[368]. Aunque somos seres con cierta capacidad de voluntad y de elección, resulta que no podemos irrespetar los derechos de los demás al intervenir indebidamente en ellos por acción u omisión, dolo o culpa. Tampoco podemos "abusar de nuestros derechos", como regla básica y fundamental del comportamiento correcto en un Estado social y democrático de derecho, donde la dignidad de la persona tiene el sello personal e individual, pero sin someternos al sesgo del egocentrismo. Debemos entenderla como dignidad altruista y solidaria, en los términos de la prevalencia del interés general (artículos 1 y 95, numeral 1.º, de la Carta Política).

Los sesgos cognitivos atentan contra la verdad y, por esa vía, directamente contra la justicia. El cerebro humano no ha sido diseñado por la evolución para obtener la verdad, sino para aproximarnos adaptativamente a lo que mejor resulte para nuestra supervivencia. Por lo tanto, su fundamental tarea es la interpretación, según lo demostró Michel Gazzaniga con los pacientes con cerebros escindidos o que se les ha practicado la callosotomía, separando los dos lóbulos cerebrales, hoy admitido por la comunidad científica[369].

No es asunto baladí ni para tomárselo a la ligera, ello tiene que ver, nada menos y nada más, que con la psicología del pensamiento y la forma correcta o, al menos, aproximada para la toma de buenas decisiones[370].

Así lo demuestran otras investigaciones psicológicas de significativa importancia, en fenómenos conexos o muy relacionados, como ocurre con la llamada "*disonancia cognitiva*". Los estudios advierten que en su base pueden estar los sesgos cognitivos, especialmente el de confirmación, entendido como "la tendencia que tenemos las personas a favorecer, buscar, interpretar y recordar la información que confirma nuestras creencias y a rechazar posibles ex-

[366] Forman, Sesgos Cognitivos, ob. cit., pp. 4 y ss.

[367] Tal consideración, mutatis mutandi, se ha efectuado por los expertos en materia de inteligencia emocional (Fernández-Berrocal, Inteligencia Emocional, ob. cit., pp. 137 y 138).

[368] Pero además, para dicha problemática, debe contarse con las influencias importantes que tienen las emociones en la construcción de la personalidad (María del Sol Fortea Sevilla. "Personalidad. Lo que nos hace únicos" en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021, pp. 99 y ss).

[369] Manuel Martín-Loeches Garrido. "El cerebro humano no busca la verdad: una explicación científica a por qué mentimos" en Ethic, noviembre 7 de 2023, https://ethic.es/2023/11, consultado el 7 de noviembre de 2023.

[370] Pablo Fernández-Berrocal. "Psicología del pensamiento. El arte de razonar mejor" en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021, pp. 26 a 33, 72 a 78 y 107 a 136.

plicaciones alternativas que no concuerdan con nuestra visión", dando origen a las más disparatadas situaciones, como confirman los estudiosos del tema[371].

El proceso penal y el disciplinario son una sucesión ordenada de actos, teleológicamente orientados en búsqueda de la verdad y la justicia material-sustancial. Se constituye en un complejo dialogal de partes con un juez o árbitro, al final de la cual se debe tomar una decisión compartida en cuanto a sus argumentos y preceptivas con su resolución (justicia consensual) o compartida en argumentos cruzados de los cuales en todo o en parte se le asigna preponderancia a una de las reclamaciones de una parte o partes que se convierte en preceptiva (justicia contenciosa). Sin embargo, esta sucesión de actos está atravesada por diversos discursos, de tal manera que la base de una justicia racional es permitir que, en cuanto fin esencial del Estado, las autoridades deben "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [facilitando] la participación de todos en las decisiones que los afectan" (artículos 2 y 123 de la Carta Política).

Finalmente, debe retumbar en la mente y consciencia de todo juez formal-orgánico o material-sustancial aquel mandato según el cual "los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia" (artículo 5 de la Ley 906 de 2004), aplicable a todas las especialidades, pues no es más que un reflejo exacto de lo que debe ser un juez desde la perspectiva constitucional[372]. En el intercambio del proceso dialogal, las partes que aspiran a ello, especialmente los defensores públicos que cumplen el cometido de defender a las personas más desvalidas en los términos del artículo 13 inciso final de la Carta Política, deben contribuir con una defensa eficaz, efectiva y eficiente, dada su función social de perfeccionar el orden jurídico y defender en justicia los derechos de sus clientes (artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971).

---

[371] Cfr. Alejandro Magallares Sanjuán. "Disonancia cognitiva. El arte de la autojustificación" en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2022, pp. 75 y ss.

[372] "No menos importante es la habilidad para atenuar o suprimir los pensamientos, actividades y emociones innecesarias que pueden interferir en la realización de la conducta apropiada [...] Se tiende, por tanto, huir de la incertidumbre o a reducirla [...] saber cómo se va a reaccionar en una situación desfavorable aumenta el control sobre ella, haciéndola más tolerable [...] Las reacciones y rutinas del sistema automático no son del todo inconscientes [...] si algo se sale de lo esperado o si se produce un error, lo que lleva a que se active el sistema reflexivo y que este desplace al automático [con] la puesta en marcha de las funciones ejecutivas" (Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit., pp. 25, 26, 29 y 30).

Capítulo1
Superación de los sesgos cognitivos

Técnicas modernas de aprendizaje, informadas por la neurociencia, destacan el papel determinante que en aquel cumplen la neuroplasticidad y la epigenética en todas sus fases, como son muy especialmente las de almacenamiento y evocación. Esto resulta mucho más provechoso en aquellas materias susceptibles de habituación, pues sus memorias de procedimiento son más estables y fieles, lo cual demanda cierta o mucha práctica, pero una vez aprendidas prácticamente "no nos hace falta pensar cómo hacerla"[373], todo lo cual resultaría muy eficiente en el manejo de protocolos.

Trabajados con técnicas bien orientadas a la neuroplasticidad, tales protocolos pueden constituirse en instrumentos muy eficaces, efectivos y eficientes para el desarrollo de una ética de las virtudes, toda vez que sus enseñanzas "se acumulan para convertirnos en quienes somos y posiblemente en quienes podemos llegar a ser", con el fin de constituirnos en seres más responsables de nuestras competencias. Esto puede, además, volcarse en efectos epigenéticos, toda vez que "en los primeros minutos u horas de la adquisición de la información, la traza de memoria codificada en las sinapsis activaría además la expresión genética y ésta, la producción de nuevas proteínas, de forma que se haría más resistente (aunque no inmune) a las interferencias externas"[374]-[375].

Esta posición no solo adviene producto de la experiencia y las bases de los conocimientos sobre neuroplasticidad y epigenética, sino también de las enseñanzas actuales que se están ofreciendo desde otros ámbitos de la neurociencia, como se puede advertir en el excelente estudio de Mariano Sigman, prestigioso neurocientífico argentino, en su reciente libro sobre "*El poder de las palabras. Cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando*"[376].

Sigman plantea desde el punto de vista neurocientífico que "nuestra mente es mucho más maleable de lo que pensamos", de modo que "si perdemos con el paso del tiempo [...] la motivación para aprender", debemos tener consciencia de que los problemas asociados con ello son superables. En otras palabras, resulta necesario superar los cuellos de botella y nudos gordianos que perjudican el devenir de nuestra vida personal y grupal "para mejorar cualquier

[373] Dierssen, ¿Cómo aprende (y recuerda el cerebro)?, ob. cit., 35 y ss.

[374] Dierssen, ¿Cómo aprende (y recuerda el cerebro)?, ob. cit., 120 y ss, 132 y ss.

[375] Cfr. Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Gutiérrez de Piñeres Botero Carolina. Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022, pp. 315 y ss, 325 y ss.

[376] Cfr. Mariano Sigman. El poder de las palabras. Cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando, Bogotá, Debate, 2022, pp. 14 y 56.

cosa, en cualquier momento de la vida". El connotado neurocientífico no duda en afirmar que "podemos cambiar nuestra vida mental y emocional, aun en lugares que parecen profundamente arraigados", pero "para transformarla no basta con proponérselo". Se requiere "aprender a tomar buenas decisiones en dominios donde nos hemos acostumbrados a resolver las cosas en piloto automático"[377], es decir, instintivamente vía pensamiento Sistema 1, dentro de la propuesta de Daniel Kahneman, lo cual se encuentra en la perspectiva de Sigman, quien sugiere la conversación y el diálogo entre los componentes de las organizaciones o grupos para superar dichos problemas que, en general, no son más que "todo tipo de errores de pensamiento": "Cuando la conversación sucede en el contexto adecuado, el de unos pocos que se escuchan e intercambian argumentos, nos ayuda a pensar con más claridad, a tomar mejores decisiones y a ser más ecuánimes, empáticos y comprensivos". Resulta tan simple como que, ante una herramienta tan poderosa y efectiva, podemos dar forma adecuada al pensamiento, de tal manera que ya no podemos engañarnos con "la distorsionada lupa del pensamiento automático" (resaltado fuera de texto), donde la mayoría de las personas llega "convencida de la idea equivocada", para sacar así avante una verdad consistente en que "*el poder de los pequeños grupos no proviene de su autoridad, sino de su compromiso con la causa*". Esto, incluso, puede muy bien ser un logro de las minorías, si estas asumen dentro del grupo actitudes fundadas en su "persistencia y su convicción", en aras de lograr una mejoría de "nuestra vida mental y emocional"[378].

La clave para ello, afirma Sigman de manera contundente, estriba en nuestra habilidad como personas para cambiar nuestros "hábitos", y, por dicha vía, los sesgos cognitivos, cuyo instrumento básico, propone, es una herramienta simple y potente: "las buenas conversaciones". Esto reclama una vuelta a "toda la filosofía griega", a aquello que la hizo grande, "intercambiando ideas en simposios, paseos y banquetes", lo que denomina "la ciencia de la conversación". A través de esta práctica, con la intervención conjunta de los demás, alumbramos al Sistema 2 referido al pensamiento racional y razonable para controlar los errores producto de los sesgos cognitivos que en no pocas ocasiones se derivan del funcionamiento del Sistema 1 para todos "los dominios de la cognición". Esta analogía se asemeja a lo que ocurre con el control de una torre de control en la navegación aérea "para detectar errores y vislumbrar alternativas posibles". Todo esto es viable "dialogando", ya que así "se mejoran sustancialmente las decisiones y el razonamiento y, en general, se aclaran las ideas, tanto aquellas que se refieren al mundo como a nuestra forma de vivir". En el "intercambio de ideas se vuelven procesos mentales que de otra manera pasarían inadvertidos"[379], propuesta en la que observamos, por supuesto, una vuelta a

[377] Cfr. Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., p. 17.

[378] Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., pp. 42 y ss.

[379] Cfr. Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., pp. 17 a 19. Muy especialmente, la vinculación de la propuesta con la "ética de las virtudes", pp. 76 y ss.

la ética de las virtudes griegas, a las primeras concepciones sobre la vida y a la búsqueda de la felicidad del ser humano como tema ético central y fundamental.

Asimismo, Sigma afirma de manera contundente que "la *buena* conversación es la fábrica de ideas más extraordinaria que tenemos a nuestro alcance, la herramienta más poderosa para transformarnos, llevar una vida emocional más plena y ser mejores personas", toda vez que "dialogando se mejoran sustancialmente las decisiones y el razonamiento" en general en absolutamente todos los dominios de la cognición, como sucede respecto de las decisiones, creencias, memoria, ideas, emociones, etc. [380]

Aquí, sin duda alguna, identificamos una confluencia de pensamientos con las propuestas de Kahneman, Simbony y Sustein planteadas en su libro "*Ruido*" en torno a la "higiene en la toma de decisiones", una forma colectiva o grupal de las organizaciones para evidenciar, controlar y ponerle coto a los sesgos cognitivos[381].

En efecto, Sigman es contundente en señalar que en las decisiones más frecuentes de nuestra vida, tanto en la toma de decisiones individuales como colectivas, así como en la dirección del comportamiento que debamos tomar ante las alternativas que nos ofrecen las circunstancias y situaciones que enfrentamos, es crucial tener en cuenta "las visiones generales del mundo y la moral". A menudo, estas visiones están trazadas por antecedentes muchas veces desconocidos e incomprensibles, pero hoy en día contamos con respuestas que facilitan y permiten su control. Sin embargo, en muchos casos "no sabemos cómo se han formado ni que puede hacerlas cambiar". Ante esto, debemos plantear respuestas y soluciones, dado que "casi siempre en la vida, se mezclan la intuición y el azar sobre un mar de ignorancia", encontrando parte de ellas en la conversación adecuada y en el ámbito apropiado, puesto que "la conversación produce el efecto contrario cuando está repleta de gente, o cuando se monopoliza la palabra, o cuando prevalece el ánimo de confrontar", donde se divide la sabiduría de la locura colectiva, toda vez que en la práctica "muchas catástrofes organizativas resultan sencillamente de no haber creado el entorno apropiado para las buenas conversaciones". "Las buenas conversaciones temperan, permiten entender distintos puntos de vista y alivian la violencia", como hoy lo ha determinado la ciencia. Obviamente, el diálogo y la discusión en grupo, precisa que se potencia su beneficio si no se trata de agrupaciones extensas o muy grandes y donde se asegure "que todas las opiniones sean expresadas y atendidas", entablando "sin prejuicios un debate abierto que nos permita revisar y en-

[380] Cfr. Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., pp. 18 y 19.

[381] Predilecciones, opiniones e inclinaciones afectan el funcionamiento adecuado al desempeño de las organizaciones y toma de decisiones colegiadas producto de los sesgos cognitivos, ponen en tela de duda la confianza ciudadana en las instituciones, así como en la Administración de Justicia, quebrantan las expectativas, afectan su coherencia y desdibujan su racionalidad y razonabilidad (Daniel Kahneman, Olivier Sibony & Cass R. Sunstein. Ruido. Una falla en el juicio humano, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Bogotá, Debate, 2021, pp. 14 y ss, 66 y ss).

tender nuestras posturas, opiniones y pareceres aun sobre temas tabú, que entorpecen el ejercicio de la palabra"[382].

El control de los sesgos cognitivos reclama una interacción conscientemente orientada por la persona respecto del funcionamiento del Sistema 1 y Sistema 2 de pensamiento y acción del ser humano[383]. Esto implica el funcionamiento conjunto e integrado de su inconsciente y consciente, sobre lo cual ya nos hemos ocupado en otro trabajo, en donde se señala lo que aquí puntualmente nos interesa[384].

La moderna neurociencia de las emociones ha puesto de manifiesto que Descartes estaba equivocado[385] y que la historia muestra cómo se dejaron de lado enseñanzas como las de Spinoza[386], que resaltan la importancia de las emociones y sentimientos humanos en la toma de decisiones, según Antonio Damasio. La relevancia que reclaman actualmente las emociones y los sentimientos en la valoración del comportamiento humano no es una suerte de naturalismo, sino que nos ubica en el modo de lo más radicalmente humano, toda vez que, como lo afirma Damasio, "los impulsos, las motivaciones y las emociones suelen jugar un papel muy importante en unas decisiones que cabría espera que fueran puramente racionales". Precisamente, de estos surge "la poderosa capacidad social que fue un aliado esencial para el desarrollo intelectual del *Homo sapiens*" y son, en esencia, un "conjunto de estrategias de comportamiento indispensables para la creación de respuestas culturales" que hacen parte de la instrumentalidad de la homeostasis social, que por cierto, como contracara de la entropía, permite contrarrestar "la tendencia de la materia hacia el desorden", permitiendo un mayor grado de "estabilidad vital"[387].

Un marcador somático funciona produciendo sensaciones viscerales que advierten, dado el sentimiento de negatividad, como presentimiento, pálpito o corazonada sobre una toma de decisión en determinado sentido o sobre la oportunidad de tomarla; pero

[382] Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., pp. 65 y ss, 78 y ss.

[383] Para el efecto, muy bien vendría en todas las organizaciones, colocar como ejemplos del asunto los famosos casos colombianos de la clonación de testigos en una época en donde estos eran "sin rostro" o anónimos, así como los falsos positivos de los primeros diez años del siglo que corre en el Ejército colombiano. A nivel mundial, el caso paradigmático de los sesgos cognitivos en el documental de Netflix: Descenso. El caso contra Boeing en https://www.netflix.com/co/title/81272421

[384] Cfr. Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., pp. 18 y 19.

[385] Cfr. Antonio Damasio. El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano, Joandomenec Ros (Trad.), Barcelona, Ediciones Destino S.A., 2013 y Damasio Antonio. Diálogos con Antonio Damasio (Entrevista), Mario Mazzilli, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento, 2013, en https://www.youtube.com/watch?v=SIj3hOMaIIM, consultado el 1 de diciembre de 2018.

[386] Antonio Damasio. En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos, Joandomenec Ros (Trad.), Barcelona, Ediciones Destino S.A., 2014.

[387] Antonio Damasio. El extraño orden de las cosas. La vida, los sentimientos y la creación de las culturas, Joandomenec Ros (Trad.), Bogotá, Ediciones Destino, 2018, pp. 59 y 162.

mucho más importante, "la señal emocional puede operar enteramente bajo el radar de la conciencia. Puede producir alteraciones en la memoria funcional, la atención y el razonamiento, de forma que el proceso de toma de decisiones resulte sesgado hacia la selección de la acción que con más probabilidad conducirá a la mejor consecuencia posible, dada la experiencia previa". De todos modos, dice Damasio, "de una manera u otra, el conocimiento objetivo sobre el comportamiento social requiere la maquinaria de la emoción y el sentimiento para expresarse con normalidad"[388].

Asimismo, Damasio sostiene que "parece existir una serie de sistemas en el cerebro humano dedicados de forma consistente al proceso de pensamiento orientado a un fin que llamamos razonamiento, y a la selección de respuestas que llamamos toma de decisiones, con un énfasis especial en el dominio personal y social. Esta misma serie de sistemas está asimismo implicada en la emoción y el sentimiento, y se dedica en parte al procesamiento de las señales procedentes del cuerpo", lo que sugiere "una relación estrecha entre una serie de regiones cerebrales y los procesos de razonamiento y de toma de decisiones"[389]. Así, a las emociones y sentimientos no se les daba la importancia que tienen, muy a pesar de que, al tener que ver con los afectos humanos y la construcción de nuestro "*yo*", resultan de singular importancia para explicar las intenciones. Estos son "factores de motivación y agentes de control y negociación de las empresas culturales humanas"; esto es, "sentimientos y razón se encuentran indefectiblemente unidos en un abrazo reflexivo bidireccional. Uno de los socios, los sentimientos o la razón, puede salir favorecido por este abrazo, pero siempre implica a ambos"[390].

Pero lo cierto es que, dice Damasio, los mecanismos automáticos e inconscientes fueron primero, es decir, el ser anticipó a la mente y al pensamiento, lo cual se encuentra demostrado con la evolución y con el desarrollo del cerebro del niño, lo que hace necesario entender que emoción y razón no son incompatibles, pues de manera concertada trabajan por la supervivencia de la especie, solo que los fenómenos de la primera –*los procesos emocionales, es decir, intuitivos, son procesos cognitivos en los que llegamos "a una conclusión concreta sin ser conscientes de todos los pasos lógicos intermedios"*[391]– son inconscientes y automáticos, mientras que los de la segunda son conscientes y reflexivos.

Afirma, además, que antes se consideraba que las emociones no influían en el juicio racional. Hoy, por el contrario, los neurocientíficos están convencidos de que ayudan "en el proceso de razonamiento en vez de perturbarlo", puesto que "el sistema de razonamiento se desarrolló como una extensión del sistema emocional au-

[388] Damasio, El error de Descartes, ob. cit., pp. 166 y 169 y Antonio Damasio. Diálogos con Antonio Damasio (Entrevista), Mario Mazzilli, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento, en https://www.youtube.com/watch?v=SIj3hOMaIIM, consultado el 1 de diciembre de 2018.

[389] Damasio, El error de Descartes, pp. 117 y 126.

[390] Damasio, El extraño orden de las cosas, ob. cit., pp. 15, 16 y 327.

[391] Damasio, El error de Descartes, p. 17.

tomático", donde las emociones cumplen diferentes funciones en este: "Cuando se eliminan por completo las emociones del plano del razonamiento, como ocurre en determinados estados neurológicos, la razón resulta ser todavía más imperfecta que cuando las emociones nos juegan malas pasadas en nuestras decisiones". Esto se observa en pacientes con daño en el lóbulo frontal, quienes parecen perder el libre albedrío o la "estructura normal de la personalidad", puesto que olvidan la "práctica de las convenciones sociales" y la ética, la capacidad de planear y anticipar el futuro, así como todo síntoma de previsión, en fin, el juicio ético ligado a la cultura y a la conducta social, atentando contra su propia supervivencia[392].

En efecto, "las emociones proporcionan una conclusión de manera tan rápida y directa que no es necesario que llegue a la mente mucho conocimiento", pero, de todos modos, "la calidad de la intuición de cada uno depende de lo bien que hayamos razonado con anterioridad". "La intuición es sólo cognición rápida con el conocimiento requerido parcialmente oculto bajo la alfombra, todo por cortesía de las emociones y de mucha práctica anterior". Por tanto, las emociones se constituyen en "una ayuda para la razón y en el mejor de los casos en diálogo con ella". De esta manera, entre neurobiología y el "tejido de los fenómenos sociales y culturales" existe una clara conexión que sirve a la homeostasis necesaria para la supervivencia, como "vía de desarrollo cultural de los valores humanos que nos permite juzgar las acciones como buenas o malas". Ello implica un doble puente entre la neurobiología y la cultura, relacionado con "los estados del cerebro asociados al razonamiento moral" y la exploración de "los hilos que conectan la neurobiología y la cultura"[393].

No es posible, entonces, separar las bases neurales de las emociones y de la razón. Los sentimientos y las emociones son componentes integrales de la "maquinaria de la razón"; los dos primeros son indispensables e imprescindibles para la racionalidad. Es más, dice Damasio que "los sentimientos forman la base de lo que los seres humanos han descrito durante milenios como el alma o el espíritu humanos"[394].

Jhon Bargh, psicólogo experimental, ha puesto de presente cómo nuestros pensamientos y decisiones, en más de un 90% de las veces que los experimentamos, provienen del inconsciente, de tal manera que el "*yo*" debe entenderse como un producto tanto de la consciencia como del inconsciente. Esto muestra, de manera absolutamente clara, que la toma de decisiones en los seres humanos es asunto de la intuición –*instintivo*– y de la razón –*racional*–. "A menudo, no somos conscientes de las razones y las causas de nuestro propio comportamiento", dice John Bargh, para explicar cómo nuestro inconsciente –*nuestros actos más cotidianos como los automatismos o sentimientos más profundos*- está ligado a nuestro más

[392] Damasio, El error de Descartes, pp. 15, 16, 41 y ss.
[393] Damasio, El error de Descartes, pp. 17 a 19.
[394] Damasio, El error de Descartes, pp. 21 y ss.

antiguo sistema evolutivo, al que sobrevino el consciente, pero este no reemplazó o dejó de lado a aquel, sino que el inconsciente le sirve al consciente, incluso, generando ideas e hipótesis. El yo o consciencia es la última creación del inconsciente, su producto más sofisticado, la creación de una mente compleja; nos ayuda a entender el entorno y a tomar decisiones rápidas, operando como un piloto automático.

Antes se creía que utilizábamos el inconsciente de manera limitada y por norma general, era el consciente el que guiaba los actos de la vida más complejos. No obstante hoy, por virtud del refinamiento de los experimentos psicológicos y la técnica de neuroimágenes, se sabe que en gran medida el inconsciente se ocupa tanto de actos o procesos cognitivos de la vida sencillos como complejos y de las emociones, sirviendo por supuesto a la consciencia, dada la necesidad de ser eficaz en la vida y la supervivencia. Mientras el consciente solo es capaz de procesar información en una máximo de 50 bites por segundo, el inconsciente lo hace a la astronómica suma de 11 millones de bites por segundo, sin darnos la más mínima cuenta de que ello está sucediendo. El inconsciente lo hace casi todo y la consciencia se ocupa de pocas cosas, pero estas resultan fundamentales como el proceso de abstracción, a través del cual se retrocede al pasado por virtud de la memoria para efectos de la experiencia y su debido aprovechamiento o se viaja hacia al futuro para efectos de la planeación[395], la creatividad, el conocimiento, la posibilidad de trascender[396], ser felices y evaluar nuestro estado de sociabilidad y autoconocimiento, según Damasio[397].

Se ha descubierto, según Bargh, que existen muchas similitudes entre los procesos inconscientes y conscientes, o al menos como trabajan juntos, puesto que parece que lo consciente recurre al inconsciente. Como si los procesos conscientes utilizaran los inconscientes, la misma mente el mismo cerebro, pero diferente al planteamiento freudiano donde la inconsciencia interfería en la consciencia, puesto que aquí todo indica una sincronía entre ambas, donde la mente puede acceder conscientemente a los procesos que muchas veces se realizan inconscientemente[398].

Bargh afirma que "una de las funciones de la conciencia es seleccionar comportamientos que puedan automatizarse, volverse

[395] John Bargh. ¿Por qué hacemos lo que hacemos? El poder del inconsciente, Sonia Tapia (Trad.), Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.

[396] Antonio Damasio. ¿Para qué sirve la felicidad? Emoción y felicidad (Conferencia), Puebla, La ciudad de las ideas CDI, 2015, en https://www.youtube.com/watch?v=-1ROl-TH4_5k, consultado el 1 de diciembre de 2018.

[397] Antonio Damasio. La búsqueda por comprender la consciencia (Conferencia), Long Beach, TED Talks, 2011, en https://www.ted.com/talks/antonio_damasio_the_quest_to_understand_consciousness?language=es#t-11035 y https://www.youtube.com/watch?v=cqXMORKPQGA, consultado el 1 de diciembre de 2018.

[398] John Bargh John. El experto y sabio inconsciente (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 45 Atrévete a saber, 2018, en https://www.youtube.com/watch?v=w_x5-ZCn_Xc, consultado el 1 de diciembre de 2018.

inconscientes"[399], lo que juega, de una manera muy estrecha, con las emociones y su efecto sobre la memoria y el aprendizaje[400]. Bargh, de quien se dice es el mayor experto mundial en el estudio de la mente inconsciente, señala que tanto el inconsciente como la consciencia son mecanismos cerebrales para lograr y optimizar el "*control*" de la mente. Ese control no implica desconocer la voluntad y la capacidad de elección; por el contrario, sabiendo y conociendo sobre los procesos inconscientes, sus efectos pueden ser controlados de manera eficiente: "Es una calle de dos direcciones: se pueden usar los procesos conscientes e intencionados para contrarrestar o controlar las influencias inconscientes no deseadas, pero también se pueden utilizar mecanismos inconscientes para que nos ayuden cuando los habituales métodos conscientes no bastan para lograr nuestros objetivos". En otras palabras, "ver esas influencias ocultas, ser más conscientes de ellas, es el primer paso para controlarlas o usarlas en beneficio propio", toda vez que, al "reconocer la existencia de esas influencias ocultas, tenemos la oportunidad de hacer algo al respecto, de recuperar el control allí donde no lo teníamos, por lo que al "delegar el control a esas fuerzas inconscientes, somos más capaces de conseguir nuestras metas conscientes e intencionadas", obviamente, poniendo a "esas fuerzas a trabajar para nosotros"[401].

Dice Bargh que "la ciencia ha revelado que nuestra mente inconsciente evolucionó para responder nuestros mensajes conscientes siempre que sepamos cómo comunicar de manera efectiva esos mensajes", afinando nuestra mente con nuestras intenciones y aumentando "nuestro libre albedrío". Lo que propone el gran psicólogo social es utilizar "una especie de combinación de efecto mental consciente e inconsciente *-la cesión intencionada del control de la conducta a instigadores ambientales externos, a eventos futuros-*, una extraña mezcla de libre albedrío y no-libre albedrío", esto es, "el uso consciente de los poderes inconscientes"[402].

Para llegar a dicha conclusión, Bargh parte de la idea fundamental de especificar que la mente humana vive en un túnel del tiempo, donde todo y absolutamente todo está demarcado por el pasado, el presente y el futuro. En particular, el pasado, que viene definido por el de la especie *-el ADN y muy especialmente el fenómeno biológico-cultural de la epigenética-*, el de la niñez hasta más o menos los cinco años y el pasado reciente de cada individuo, son determinantes para explicar la existencia de "unos mecanismos ocultos subyacentes que guían o incluso crean nuestros pensamientos y acciones", pléyade de conocimientos que, si lográramos utilizar positivamente, nos ayudarían a "transformarnos a nosotros mismos y nuestro mundo"[403].

[399] Bargh, El experto y sabio inconsciente, ob. cit.

[400] Antonio Damasio. Neurociencia y aprendizaje (Conferencia), 2011, en https://www.youtube.com/watch?v=5aK9gf9H5as, consultado el 1 de diciembre de 2018.

[401] Bargh, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, ob. cit., p. 349.

[402] Bargh, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, ob. cit., pp. 369 y 374.

[403] Bargh, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, ob. cit., p. 12.

Bargh sienta unas muy importantes recomendaciones, por demás bastante prácticas, de cómo podríamos optimizar el logro de nuestras metas y controlar el inconsciente en materia de afectos, deseos, emociones e intenciones, que se contraen de manera sintética:

Regla número 1: hay que completar el impulso intuitivo con al menos un poquito de reflexión consciente, si hay tiempo para ello;

Regla número 2: si no tienes tiempo para pensarlo, no corras grandes riesgos por pequeñas ganancias basándote solo en tus impulsos o intuiciones;

Regla número 3: cuando te enfrentes a decisiones complejas en las que intervienen muchos factores, y sobre todo cuando no cuentes con medidas objetivas (datos fiables) de esos factores importantes, tómate en serio tu intuición;

Regla número 4: para saber cuándo confiar en nuestros instintos, ten cuidado con lo que deseas, porque tus actuales metas teñirán lo que deseas y lo que te gusta en el presente;

Regla número 5: cuando nuestra inicial reacción visceral ante una persona de otra raza sea negativa, deberíamos reprimirla;

Regla numero 6: no deberíamos confiar en nuestras valoraciones de los demás, basadas solo en sus rostros o en fotografías hasta que hayamos tenido alguna interacción con ellos;

Regla número 7: puedes confiar en tus instintos con respecto a otras personas ... pero sólo después de haberlas visto en acción; y,

Regla número 8: está muy bien que el atractivo sea una parte de la ecuación romántica, pero no debería ser el único factor, ni siquiera el más importante.

En resumen, según Bargh: "en general, tendemos a confiar en nuestra intuición", pero sin duda alguna la mejor respuesta está en un 'punto intermedio' entre lo inconsciente y lo consciente". Confiamos en nuestra intuición por la "misma razón en que confiamos en nuestros sentidos" y confiamos en mayor medida "cuanto más fácilmente aparece en nuestra mente una idea en particular, sin que nos esforcemos por producirla", de tal manera que debemos aceptar que aun cuando la mayoría de las veces acertamos guiados por nuestras intuiciones, también nos podemos equivocar. Esto implica activar prevenciones sobre excesos de miedo o de confianza sin dejarnos cegar, de manera que no debemos precipitarnos; en fin, "las mejores decisiones se toman mediante una combinación de procesos conscientes e inconscientes, y en este orden: *primero consciente, luego inconsciente*"[404].

Incluso en temas morales, dice Jonathan Haidt, la intuición aparece primero y después surge el razonamiento estratégico[405].

[404] Bargh, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, ob. cit., pp. 207 a 239.

[405] Jonathan Haidt. La mente de los justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata, Antonio García Maldonado (Trad.), Bogotá, Ediciones Planeta, 2019.

Este aspecto tiene trascendencia significativa en estas materias, especialmente porque a partir de dicho criterio, propondremos la tesis central de este trabajo, que no es otro que la incidencia de dicho principio en la necesidad de diferenciación de los roles al interior de las organizaciones, o al menos la oportunidad de ofrecer consideraciones alternativas o en actividades complejas como la Administración de Justicia y/o críticas ante ciertas posiciones, especialmente las de los líderes, sobre todo si ostentan carácter científico, para que sean valoradas en conjunto y serenamente a partir de la discusión dialéctica de las partes concernidas en un diálogo cuantitativa y, sobre todo, cualitativamente relevante.

Se reitera que Daniel Kahneman ha descubierto que los seres humanos tenemos dos sistemas de toma de decisiones. El Sistema 1 está impulsado por las emociones, es un sistema inconsciente, automático y rápido, producto de lo intuitivo, de lo cual dependen espontáneamente nuestros pensamientos, sentimientos, recuerdos, asociaciones e impresiones que facilitan las intuiciones causales que nos permiten "interpretar y entender matices en situaciones sociales". Esto mejora con la práctica prolongada asociando ideas, pero también puede generar una excesiva confianza en lo que creemos saber, que nos llevaría a una sobreestimación del papel del azar en los acontecimientos, dando pábulo a la "trampa de la retrospección y la ilusión de la certeza", por lo cual resulta inclinado a los sesgos cognitivos y en no pocas oportunidades a las equivocaciones. Mientras tanto, el Sistema 2 es un sistema consciente, que implica un trabajo mental deliberado y ordenado en tensión constante, cuestionador, calculador de lo complejo y lento. Este sistema sugiere la intervención atenta para evitar equivocaciones y es producto de la racionalidad y la lógica humana, a través del cual controlamos y anulamos, si es necesario, los irresponsables impulsos y asociaciones del Sistema 1[406].

La intuición es un reconocimiento inconsciente de algo, de lo cual se puede aprender por asociaciones al reconocer elementos comunes en situaciones novedosas y, por supuesto, actuar de manera adecuada a ella. Por ello, de conformidad con los modernos descubrimientos, "la emoción está ahora en nuestra comprensión de juicios y elecciones intuitivos mucho más presente que en el pasado", a través de una heurística efectiva. Por esto, "el Sistema 2 tiene cierta capacidad para cambiar la manera de trabajar del Sistema 1 programando las funciones normalmente automáticas de la atención y la memoria", toda vez que la "constancia en una tarea que requiere que hagamos continuamente algún esfuerzo", dependiendo de "la asignación de la atención al estímulo relevante". Debemos estar prevenidos, puesto que "podemos estar ciegos para lo evidente, y ciegos además para nuestra ceguera".

Así, se tiene que "el Sistema 1 hace continuamente sugerencias al Sistema 2: impresiones, intuiciones, intenciones y sensaciones. Si cuentan con la aprobación del

[406] Daniel Kahneman. Pensar rápido, pensar despacio, Joaquín Chamorro Mielke [Trad.], Bogotá, Debolsillo, 2017, pp. 1 a 60 y ss.

Sistema 2, las impresiones e intuiciones se tornan creencias y los impulsos, acciones voluntarias". La sorpresa, como emoción primaria, nos hace experimentar "un repentino aumento de la atención consciente" –*lo que Damasio denomina* marcador somático-, escenario de los sesgos, que son "errores sistemáticos" para los cuales tenemos propensión "a cometer en circunstancias específicas". Por lo tanto, el Sistema 2 "es movilizado para que el esfuerzo aumente cuando detecta que estamos a punto de cometer un error", desconectando lo automático del inconsciente, para lo cual "toma las riendas cuando esas cosas se ponen difíciles, y es él el que normalmente tiene la palabra"; de allí que "la división del trabajo entre el Sistema 1 y el Sistema 2 es muy eficiente: minimiza el esfuerzo y optimiza la ejecución". En fin, "una de las tareas del Sistema 2 es vencer los impulsos del Sistema 1. En otras palabras, el Sistema 2 es el encargado del autocontrol"[407]-[408]. Manejar eficientemente al Sistema 1, por el Sistema 2, comporta necesariamente aprender, entrenarse y proyectarse en el manejo de la inteligencia emocional, lo cual es producto de las investigaciones científicas de los últimos tres lustros[409]. Activar el Sistema 2 cuando la problemática a resolver sea verdadera mente importante y definitoria[410].

Inexorablemente los sesgos cognitivos, propiamente de carácter psicológico, entendidos como "una desviación sistemática de nuestros procesos de razonamiento que nos lleva a unas conclusiones distorsionadas y erróneas de pensamiento", están asociados al Sistema 1 descrito por Kahneman y Damasio[411].

Si bien los errores del pensamiento inconsciente –*ilusiones cognitivas*– son muchas veces difíciles de prevenir, por lo que no siempre pueden evitarse al no tener el Sistema 2 un indicio de que el Sistema 1 se encuentre en un error y no pudiendo adoptarse como pauta de vida por ineficaz una "vigilancia continua", lo que por demás resulta impracticable, sí es crucial "aprender a reconocer situaciones en las que los errores sean probables y esforzarnos en evitar errores importantes cuando están en juego cosas de primer orden"[412].

No debe perderse de vista que las personas, cuando se esfuerzan en una "carrera mental" de hecho pueden volverse ciegas. De ahí la importancia del autocontrol que ejercemos del Sistema 1 por intermedio del Sistema 2, ya que este "es el único que puede seguir reglas, comparar objetos en varios de sus atributos y hacer elecciones deliberadas entre opciones". Esto se puede expresar programando la memoria "para obedecer una orden que anula las respuestas habituales" a través del control ejecutivo del lóbulo frontal. En consecuencia, "una de las principales funciones

[407] Kahneman, Pensar rápido, pensar despacio, ob. cit.
[408] También, siguiendo a Damasio, Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit., pp. 96 y ss.
[409] Así Fernández-Berrocal, Inteligencia Emocional, ob. cit., pp. 133 a 138.
[410] Cfr. Fernández-Berrocal, Psicología del pensamiento, ob. cit., p. 142.
[411] Fernández-Berrocal, Psicología del pensamiento, ob. cit., pp. 29 y 109.
[412] Kahneman, Pensar rápido, pensar despacio, ob. cit.

del Sistema 2 es observar y controlar los pensamientos y las acciones *sugeridos* por el Sistema 1, permitiendo que algunos se expresen directamente en la conducta y reprimiendo o modificando otros"[413].

Es preciso, si se quiere acertar, no confiarse en exceso de las intuiciones, pues con ellas "la conclusión viene primero, y los argumentos después". Todos tenemos la opción de no precipitarnos y de efectuar una búsqueda, así como un análisis, en la memoria de todos "los posibles hechos relevantes", en la medida en que "el grado de comprobación y búsqueda deliberadas es una característica del Sistema 2", aun cuando varía de individuo a individuo dependiendo de su prudencia e inteligencia. Tal estado es susceptible de controlarse por virtud del estado de tensión, el que hace "más probable que estemos alerta y seamos suspicaces, que dediquemos más esfuerzo a lo que estamos haciendo, nos sintamos menos cómodos y cometamos menos errores, pero también que seamos menos intuitivos y menos creativos de lo normal". En este sentido, "la sensación de tensión cognitiva, cualquiera que sea su origen, tiende a movilizar al Sistema 2, haciendo que el individuo deje de abordar los problemas de un modo intuitivo y despreocupado y lo haga de otro más implicado y analítico", con lo que se evita, entre otros sesgos, el del "efecto de la mera exposición", pues la repetición de situaciones en el campo social "induce facilidad cognitiva y una cómoda sensación de familiaridad"[414].

De todos modos, esto significa que "la conciencia de lo que se hace [no] desparece del todo", toda vez que "las funciones ejecutivas se abren paso y se anula el automatismo cuando se detecta un problema". Así, el control cognitivo interfiere "en una labor automática"[415].

El Sistema 1 está gobernado por una "psicología de la causalidad"; nuestro cerebro viene precableado para observar patrones e incluso para construirlos, a veces lejos de la "causalidad física", dada la tendencia del cerebro a poner orden a las cosas. Esto debe ser corregido por el Sistema 2 cuando existan advertencias, pues en este lo percibido se somete al razonamiento estadístico, del cual es inhábil el Sistema 1. No debemos, sin más ni más, saltar a las conclusiones a partir de las percepciones. En efecto, "el Sistema 1 no examina alternativas que rechaza, o simplemente el hecho de que había alternativas. La duda consciente no figura en el repertorio del Sistema 1; esta requiere tener en la mente al mismo tiempo interpretaciones incompatibles que demandan esfuerzo mental. La incertidumbre y la duda son dominios del Sistema 2", de allí que sea pertinente y conducente realizar intentos deliberados para confirmar con evidencias, esto es, de llevar a cabo "estrategias de comprobación positiva"[416].

Por otro lado, estos ejercicios del Sistema 1, que pueden tener deficiencias y exigen unas habilidades y capacidades especiales

[413] Kahneman, Pensar rápido, pensar despacio, ob. cit.
[414] Kahneman, Pensar rápido, pensar despacio, ob. cit.
[415] Así Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit., p. 90.
[416] Kahneman, Pensar rápido, pensar despacio, ob. cit.

para evitar los errores cognitivos a partir de la puesta en evaluación y control del Sistema 2, cuando son individuales pueden ser superados "por un conjunto de juicios individuales que lo hace sorprendentemente bien", cuando "muchos son promediados". Esto comprueba que el resultado "tiende a ser bastante exacto" cuando se trata de juicios plurales, siempre y cuando se tomen medidas que impidan que los sesgos se generalicen[417].

La toma de decisiones intuitiva y racionalmente se perciben de manera muy diferente. No son muy distintas como tal; la diferencia radica en que la primera surge inconscientemente y la segunda conscientemente. El misterio cubre a las decisiones inconscientes, ya que sentir una intuición fuerte es un indicador de que el cerebro está analizando sin hacernos consciente, sin avisarnos o actualizarnos sobre dicho proceso psicológico, de las "opciones que tenemos y las consecuencias que pueden acarrear, y así expresa a través del cuerpo cuál de ellas es la más conveniente". El cuerpo lo revela con la emoción, pues existe "un ocultamiento en cada corazonada que se resuelve en una fracción de segundo", lo que da cuenta de la "*opacidad*" del inconsciente. Por lo tanto, no puede haber duda de que ello reclama y hace mucho más "necesario el ejercicio de la conversación" para mejorar la toma de decisiones "aproximadas e intuitivas"[418].

Esto es solo una muestra pequeña y generalizada de lo importante que resulta la neurociencia de las decisiones para mantener bajo cierto control los sesgos cognitivos. Somos "una especie que ha sido dotada de una facultad elemental de razonar y que ha descubierto fórmulas e instituciones que amplían su alcance"[419], lo que hoy se llama la "higiene" o auditoría de los procesos de la "toma de decisiones", en palabras de Kahneman y sus colaboradores[420].

Si existe una conexión entre el inconsciente y el consciente, donde el segundo puede incidir controlando al primero, pero sobre todo cuando resulta evidente que los hábitos son saludables para cambiar, modular o transformar al inconsciente de manera eficaz, efectiva, eficiente y económica, entonces la puesta en marcha de una ética de la virtud frente a los problemas cotidianos y de la vida práctica en las organizaciones se vuelve esencial. Esta ética, guiada por los deberes, puede construir protocolos *ad-hoc* de conformidad con la funcionalidad practicada y deseada, de acuerdo con la llamada "cultura del control". El terreno fértil para su desarrollo está listo y solo requiere diseño y ejecución por parte de personas profesionales y técnicas entrenadas y conocedoras del tema en su integridad e integralidad.

En ello tiene participación importante lo individual, grupal o empresarial, sin duda

[417] Kahneman, Pensar rápido, pensar despacio, ob. cit.

[418] Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., pp. 68 y ss.

[419] Steven Pinker. Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla, Pablo Hermida Lazcano (Trad.), Bogotá, Paidós Editorial Planeta, 2021, pp. 14, 15, 38, 57, 67, 337, 363, 365 y 392.

[420] Kahneman, Sibony & Sunstein, Ruido, ob. cit., pp. 459 y ss.

alguna. Pero también, resulta obvio, que de manera individual debe tenerse en cuenta cómo la neurociencia ha ido develando la manera en que funciona el cerebro cuando se trata de la toma de decisiones, pues cuando ello tiene ocurrencia es porque "hemos alcanzado un nivel de confianza suficiente, de otra forma no la habríamos tomado". Sin embargo, "en situaciones de urgencia tomamos una decisión generalmente con menor confianza, lo cual conlleva la probabilidad mayor de cometer un error"[421], ante lo cual surge la problemática de los sesgos cognitivos y los malos hábitos.

No obstante, "la situación en que nos encontramos inmersos es lo que nos dicta cómo actuar. No sentir urgencia y siempre intentar conseguir un nivel de confianza alto antes de adherirnos a una decisión, nos puede llevar, por el contrario, a situaciones desastrosas"[422]. Se impone, entonces, a nivel individual, grupal o empresarial tomar las prevenciones adecuadas para evitar los errores a los que nos vemos expuestos por todo ello.

Ciertamente, "contar con un buen modelo de las reglas sociales y de las leyes de la naturaleza puede antojarse difícil, aunque nuestro cerebro es un maestro en tales menesteres: decenas de años de contacto con la naturaleza y sociedad no han permitido forjar un conocimiento implícito de cómo funcionan"[423].

Aprender a manejar y controlar los sesgos cognitivos y los hábitos redunda en una confirmación de la libertad de la voluntad humana, es más, es tal vez la verdadera o mejor forma de entender como tal que podemos tener voluntad consciente, haciéndola más compatible con lo inconsciente, de manera que esas expresiones de la dimensión humana se conjuguen en pro de su mejoramiento. Lo positivo y lo negativo deben verse en forma inordinada, sacándole provecho a lo aprovechable y poniendo a raya o minimizando lo que resulte perjudicial.

La libertad, contrario a lo que sucede con la convicción personal de la existencia de un determinismo crudo, redunda en mayor responsabilidad, tal como se ha ido paulatinamente descubriendo en la neurociencia. Es necesario, antes que todo, tener convicción de que se tiene libertad de acción, que ella no es una ilusión; creer que se tiene control sobre sí mismo y el destino mejora el sentido de la responsabilidad y la libertad de elección en la toma de decisiones. Por ello, una vez que adquirimos consciencia de que es posible cambiar los hábitos, por allí análogamente a los sesgos cognitivos, igualmente adquirimos la habilidad para usar la libertad de elección para hacerlo y, sobre todo, la responsabilidad de configurar su cambio. "La voluntad de creer es el principal ingrediente para generar la creencia del cambio y que uno de los métodos más importantes para generar dicha creencia son los hábitos [...] Si crees que eras capaz de cambiar -y lo conviertes en un hábito-, el cambio se vuelve real. Este es el verdadero poder de los hábitos: la convicción de que los hábitos son aquellos que elegimos que sean. Una vez que toma-

[421] Moreno Bote, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob. cit., p. 76.
[422] Moreno Bote, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob. cit., p. 76.
[423] Moreno Bote, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob. cit., p. 125.

mos esa decisión -y la automatizamos-, no solo se hace realidad, sino que comienza a parecer ineludible"[424]-[425]. "Así pues, no sólo el determinismo no pesa más que el comportamiento electivo, sino que es necesario para el funcionamiento adecuado de la sociedad el entender al ser humano como capaz de responsabilidad, toda vez que la creencia en favor del determinismo facilita la operancia del determinismo, tal vez lo que le muestra como determinado; por el contrario, creer en la posibilidad de elección hace al ser humano más responsable en su comportamiento, hace de él un sujeto que tiene el control sobre su destino"[426]. Esto es lo que en la neurociencia de las emociones se denomina el "locus interno de control", que da cuenta de la sensación de no encontrase bajo el designio de las leyes de la causalidad, sino de tomar las riendas de su propia vida; es decir, la "referencia a la tendencia de ver las decisiones y experiencias personales como si estuvieran bajo el control de uno mismo en lugar de estar determinadas por el destino, la suerte u otras personas", lo cual hace que en la práctica el logro de los propósitos adquiera más eficacia y mejores resultados[427].

Los sesgos cognitivos son producto de la evolución y del desajuste, existente hoy, entre aquella de tipo biológico, que es tremendamente paquidérmica, y la cultural, que avanza a pasos agigantados y a enormes velocidades, de tal manera que nuestro ambiente ecológico y cultural ha sufrido cambios que no se corresponden con los registrados en el cerebro por la evolución biológica.

Se ha hecho referencia a los sesgos cognitivos como "errores de la mente [...] en términos de conducta y cognición, y no de conexiones neuronales". Estos errores pueden ser superados, por supuesto, con esfuerzo y adecuadas técnicas psicológicas, muy a pesar de los múltiples factores que nos impiden hacernos conscientes de los sesgos, los cuales pueden afrontarse con cierto éxito si las personas encargadas de tomar decisiones, especialmente en situaciones de urgencia, "consiguen desarrollar el hábito de pararse a pensar despacio cuando algo es importante"[428], lo cual muestra la íntima

[424] Cfr. Charles Duhigg. El poder de los hábitos. Por qué hacemos lo que hacemos en la vida y en el trabajo, Wendolin Sabrina Perla Torres (Trad.), Bogotá, Vergara, 2022, pp. 312 y ss.

[425] Cfr. Matthieu Ricard y Wolf Singer. Cerebro y meditación. Diálogo entre el budismo y las neurociencias, Vicente Merlo (Trad.), Barcelona, Kairós, 2017, ob. cit., pp. 312 y 313.

[426] Gómez Pavajeau & Gutiérrez de Piñeres Botero, Epistemología y teoría del delito, ob. cit., pp. 368 A 370.

[427] Así Liebeberman & Long, Dopamina, ob. cit., pp. 336 y 337.

[428] "[...] necesitamos reconocer el sesgo cavernícola que todos tenemos dentro y pararnos a pensar despacio, para poder dar la respuesta racional [...] Estamos usando a diario respuestas y forma de razonar y de entender el mundo que fueron adaptativas para nuestros antepasados (y para nosotros también en numerosas ocasiones), pero que al mismo tiempo se convierten en trampas mortales cuando no nos percatamos de que son modos de reacción ancestrales que no podemos aplicar sin filtros en el siglo XXI" (Cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit., pp. 14 y ss. Particularmente muy importante pp. 23 y ss).

relación con los hábitos.

Expertos en el tema de toma de decisiones, como Moreno Bote, han pulido algunas recomendaciones que otros estudiosos antes habían pergeñado. En este sentido, él recomienda lo siguiente, obviamente teniendo en cuenta que ello es un punto de partida, pero jamás de llegada:

1) Identifica el problema. ¿Cuáles son las opciones? Si la decisión es importante, afróntala.

2) Identifica los costes. Estudia (rápida o lentamente) cuánta energía y dinero tienes disponible.

3) No te olvides del coste del tiempo, "el tiempo es oro". Evalúa la urgencia de la decisión y el conste temporal asociado.

4) Adquiere toda la información necesaria para tomar la decisión, pero sin incurrir en costes mayores (personal, familiar o social) que la posible recompensa (personal, familiar o social).

5) Incurre en costes, así que requerirá tu esfuerzo, atención y consciencia.

6) Simula mentalmente. Imagina que has tomado la decisión. ¿Qué ves y sientes entonces? Tu cuerpo debe viajar mentalmente contigo para ver y sentir.

7) Cuando simules mentalmente varios futuros, le estás diciendo a tu cerebro que esta decisión es importante. El subconsciente te sustituirá en breve para simular más alternativas con menor coste atencional. Deja tiempo, si puedes, para que el subconsciente te ayude. Consulta con la almohada.

8) Cuando estés seguro que conoces la decisión correcta, tómala. Nunca tendrás más confianza que en ese momento. Si no tienes confianza suficiente, pero has de tomar la decisión sin demora, toma la que te parezca mejor siguiendo tu intuición, tus <<vibraciones>>.

9) Generalmente debes abrazar una decisión sin contar con toda la intervención necesaria, lo cual implica que puedes cometer un error. Saber aceptar los errores es una parte importante de la toma de decisiones. Los errores son la única oportunidad que tienes para aprender. Así, pues, trátalos con celo.

10) No existe un decálogo para tomar buenas decisiones. No pretendo establecer una nueva religión. Tú eres el último responsable de la decisión que finalmente tomes.[429]

Esto opera en todos los escenarios, ya sean individuales o plurales. Adaptar pasos o secuencias específicas, tanto para la evaluación consciente como para aplicar los conocimientos neurocientíficos de forma automática[430], a través de protocolos como

[429] Moreno Bote, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob. cit., pp. 138 y 139.

[430] "La participación del sistema límbico subcortical, principalmente de la amígdala, conlleva respuestas muy rápidas con gran activación del sistema nervioso simpático y difíciles de controlar cognitivamente. Solo mediante el aprendizaje y la repetición de es-

expresión normativa descentralizada *ad-hoc*, puede facilitar el tránsito de una ética del deber a una ética de las virtudes y viceversa, descendiendo desde la abstracción hasta la concreción, la generalidad, impersonalidad y objetividad de la norma centralizada[431].

Los expertos recomiendan para evitar o superar los sesgos lo siguiente: "Cuanto más sepamos y cuanto más nos entrenemos para evitar los sesgos, mejor: cuanto más pensemos, tanto mejor", todo "con el fin de impulsar comportamientos que son claramente éticos y beneficiosos"[432], lo cual puede ir acompañado de metodologías y protocolos de actuación, que también pueden ayudar a superar las malas prácticas o hábitos perjudiciales o equivocados, análogamente también en materia de sesgos cognitivos[433].

La tarea de identificar los sesgos cognitivos más representativos e incidentes en las diferentes disciplinas es necesaria de emprender[434], sin la cual no se adquiriría la eficacia de los procesos que conducen a la toma de decisiones correctas. Sin duda alguna, todo ello tiene aplicación al Derecho[435].

Tales fenómenos mentales implican:

---

tas emociones se consigue un control del sistema nervioso simpático por medio de la participación de estructuras corticales, sobre todo del área orbito-frontal [...] Comprender los mecanismos neuronales que subyacen en los procesos que implican riesgos y recompensas es dar un paso de gigante en el entendimiento de las decisiones irracionales que tomamos en nuestra vida [...] la clave reside en la emoción, el gran enigma de la neurociencia [...] no solo importan los algoritmos y las matemáticas, sino que la subjetividad y las emociones también tienen una gran relevancia" (Ortiz Terán & López Pascual, Neuroeconomía, ob. cit., pp. 48, 93, 94 y 127).

[431] Pensamos, de acuerdo con los expertos en el tema, que tener conocimientos sobre sesgos cognitivos mejoraría significativamente la calidad de la toma de decisiones individuales, grupales u organizacionales, como se deja ver cuando se dice que "quizá sí podamos aprender a reducir un poco ese volumen de engaños, o al menos detectarlos" (Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit., p. 13).

[432] Cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit., pp. 130 y 132.

[433] Muy ilustrativo sobre el tema de los sesgos cognitivos, especialmente como un componente significativo en la "cultura de las organizaciones", cuya base fundamental es la creación de "hábitos clave" planeados conscientemente y no solo a fuerza de ensayo y error o sin pensarlos, para superar los perjudiciales, instituyendo positivos "hábitos organizacionales" (Cfr. Duhigg, El poder de los hábitos, ob. cit., pp. 187 y ss).

[434] Por ejemplo, en los trastornos relacionados con el uso de sustancias: Rodrigo Moreta-Herrera & Carlos Reyes-Valenzuela. "El sesgo atencional en los trastornos relacionados con sustancias. Aspectos teóricos, evaluativos y de tratamiento" en Interdisciplinaria, vol. 39, núm. 1, pp. 77-90, 2022, Centro Interamericano de Investigaciones psicológicas y Afines CIIPCA en https://www.redalyc.org/journal/180/18069356005/html/, consultado el 20 de octubre de 2023).

[435] "En el campo de estudio de la psicología, Kahneman y Tversky (1974) desarrollan el estudio de los juicios humanos frente al riesgo y la incertidumbre e introducen un enfoque sobre heurísticos y sesgos cognitivos, también con el fin de desafiar los modelos que dominaban en la época y que eran estrictamente racionales, desarrollando así su propia perspectiva de la racionalidad limitada. El enfoque de estos autores generó investigaciones en el campo de la psicología que se han extendido al saber académico en Economía,

> *[...] un sesgo cognitivo explica la tendencia a decantarse por una vía específica de pensamiento, condicionada por la intuición más que por el discernimiento. Se entiende como un mecanismo mediante el cual se llega rápidamente a una resolución, aunque ello implique cierto grado de superficialidad. En su mayoría se trata de heurísticos que comportan atajos cognitivos que predisponen a 'adoptar actitudes [...] epistémicamente fértiles' (Menna). La idea es resolver rápido y bien. La mente del ser humano está gobernada principalmente por la acción de heurísticos irracionales (López-Astorga). Sobre esta base, los sesgos cognitivos nacen como una necesidad evolutiva del ser humano de producir juicios automáticos como mecanismo de respuesta inmediata del cerebro para asumir una posición rápida ante estímulos o situaciones particulares del entorno. Esto implica un filtraje subjetivo y selectivo de información, que conduce a decisiones y conductas erróneas en determinados contextos (Rodríguez)"*[436].

En la economía conductual parece que las ventajas de identificar los sesgos cognitivos tiene una gran significación para evitar o disminuir errores en la toma de decisiones de tal naturaleza. Kanehman y Thaler, dos importantes ganadores del Premio Nobel de Economía, han impulsado la emergente ciencia del comportamiento, obteniendo importantes conclusiones que, aunque provisionales, han destacado los avances obtenidos que bien pueden servir de modelo para otras disciplinas[437].

Es así como se afirma que en "*un pequeño empujón: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad* es un excelente enganche para introducirse en los estudios del comportamiento social de los seres humanos y presenta a investigadores y tomadores de decisión herramientas y reflexiones muy relevantes para mejorar las decisiones que las personas toman de forma cotidiana". Además, se propone la siguiente tabulación de sesgos cognitivos científicamente identificados:

> *En general, la arquitectura de las decisiones está dirigida a influenciar el sistema automático de las personas, que es irreflexivo, rápido e incons-*

Derecho, Sociología, Medicina y Ciencias políticas" [Lorena Barón & Gerardo J. Zapata Rotundo. "Los sesgos cognitivos: de la psicología cognitiva a la perspectiva cognitiva de la organización y su relación con los procesos de toma de decisiones gerenciales" en Ciencia y Sociedad, vol. 43, núm. 1, 2018 Instituto Tecnológico de Santo Domingo, República Dominicana en https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87055001003, consultado el 20 de octubre de 2023].

[436] Villarruel-Fuentes, El quehacer del científico, ob. cit., p. 59.

[437] Así, el modelo de sesgos cognitivos se utiliza para efectos de modificaciones conductuales y tratamiento en psicopatología [David Brugos Miranda. "Los procedimientos de modificación de sesgos cognitivos [MSC] y su aplicación en el tratamiento de la psicopatología" en I Congreso Virtual Internacional de Psicopatología, 2017 en https://psiquiatria.com/trabajos/5CONF1PSICO2017.pdf, consultado el 21 de octubre de 2023].

ciente. El sistema automático puede ponerse bajo control -mejorando las decisiones que toma de forma irreflexiva- con ayudas mecánicas, como señales e indicaciones automáticas y con acuerdos y compromisos con terceros que generan ataduras previas. En esencia, con pequeños empujones.

Sin embargo, un empujón sucede en situaciones donde independiente de qué tan sesgada o irreflexiva sea la decisión, el agente tiene suficiente influencia sobre el proceso y las consecuencias de la misma. Esta agencia no supone mayor reflexión en la decisión. De hecho, Thaler y Sunstein recogen de varios estudios sobre psicología la categorización de seis heurísticas y sesgos que condicionan el comportamiento de los seres humanos y presentan oportunidades de implementar empujones.

Se pueden identificar seis heurísticas y sesgos cognitivos (Thaler & Sunstein, 2017). A saber: (1) el anclaje es la disposición a calcular las decisiones según un punto de referencia previamente establecido, asumido o impuesto; (2) la disponibilidad es la disposición a calcular con la información a la mano y visible y que suele estar influenciada por eventos recientes o experiencias previas; (3) la representatividad es la disposición a tomar decisiones basadas en la semejanza de la situación con prejuicios o ideas fundadas en sesgos de mayorías o percepciones sobre otras situaciones aparentemente similares; (4) el optimismo y exceso de confianza es la sobreestimación común de las habilidades y probabilidades propias de lograr algunas tareas; supone la percepción personal de calcularse siempre por encima de la "media"; (5) la sobreestimación de las pérdidas y la subestimación de las ganancias es la distancia en el valor que las personas les dan a pérdidas y ganancias, en tanto "es dos veces mayor la desgracia de perder algo que la alegría de ganar eso mismo" (Thaler &Sunstein, 2017, p. 50-51); y (6) el enmarcado o framing es la influencia que el marco de referencia con el que se presenta una situación tiene sobre las decisiones que toman las personas[438].

Con ello, se resalta la importancia de identificar los sesgos cognitivos en el proceso de mejora de la eficacia y eficiencia en la toma de decisiones, evitando o minimizando errores:

El cerebro es muy económico y siempre que puede, funciona de forma automática. Gran parte de su actividad sucede sin que seamos conscientes de ello y de las decisiones que toma constantemente por nosotros. Esta automatización es la que hace posible que

[438] Santiago Silva Jaramillo. "Sesgos, heurísticas y arquitectura de las decisiones: "Un pequeño empujón" como introducción al paternalismo libertario de Richard H. Thaler y Cass R. Sunstein" en Sociedad y Economía, núm. 35, 2018 Facultad de Ciencias Sociales y Económicas- Universidad del Valle en https://www.redalyc.org/journal/996/99659352011/html/, consultado el 20 de octubre de 2023.

podamos ir por la calle charlando y que después no sepamos decir qué ruta exacta hemos tomado para llegar al destino. Estos «atajos» generalmente son beneficiosos y aumentan nuestra eficiencia, ya que el coste de procesar toda la información que nos rodea de forma consciente sería extremadamente elevado.

Estos automatismos toman la forma de **heurísticos.** *Los heurísticos se definen como reglas generales que creamos a partir de nuestra experiencia previa y que hemos visto que suelen llevarnos a soluciones correctas con frecuencia. Como ya hemos mencionado, los heurísticos son positivos, porque permiten responder rápido o tomar decisiones cuando hay poca información disponible, y suelen funcionar bien para tareas sencillas con las que tenemos mucha experiencia (por ejemplo, «Si hago clic en la cruz, el programa se va a cerrar»). A pesar de ello, no funcionan tan bien con problemas sobre los que sabemos poco o que son más complejos, por lo que los heurísticos no siempre nos llevan a soluciones correctas.*

Las distorsiones del pensamiento y conclusiones poco cuidadosas o irracionales fruto de la aplicación de heurísticos, de fallos en el procesamiento de la información o de la influencia de otros factores como los emocionales o sociales se conocen como **sesgos cognitivos***. Los sesgos cognitivos influyen sobre la toma de decisiones y sobre los juicios que emitimos sobre nosotros y los demás.*

A la hora de crear y evaluar diseños debemos tener presente la existencia de sesgos cognitivos para intentar controlarlos y prevenir errores. Mantener una actitud abierta y crítica, aplicar métodos para testear y comprobar hipótesis, aplicar el método científico y mantener las exigencias del diseño dentro de las capacidades del usuario son algunas buenas prácticas que podemos aplicar para minimizar el impacto de los sesgos cognitivos[439].

[439] Design Toolkit. "Factores humanos psicológicos y sesgos cognitivos" en Universitat Oberta de Catalunya en https://design-toolkit.recursos.uoc.edu/es/factores-humanos-psicologicos-y-sesgos-cognitivos/, consultado el 20 de octubre de 2023.

Capítulo 2

Los sesgos cognitivos y la (in)consciencia integral

Los expertos afirman que "la consciencia refleja la naturaleza íntima del ser humano" y se caracteriza en cierta forma por la autopercepción del sujeto y la percepción del mundo que este tiene, como conocimiento reflexivo de las cosas. En la autopercepción del sujeto, especialmente, se estima el origen del "yo"[440]. La persona humana, como tal, se define en su naturaleza como autoconsciente, pensante simbólicamente y hábil para el lenguaje comunicativo de tal orden[441], lo que revela plenamente el contenido del artículo 1 de la Carta Política como texto abierto, entendiendo la dignidad personal en términos de la antropología filosófica y mediada por la neurociencia.

También se dice que "existe un amplio consenso en reconocer el peso de la interacción entre la naturaleza (nuestras características genéticas y congénitas) y el ambiente en la configuración de la personalidad"; es decir, personalidad en un sentido amplio, como entendimiento de un individuo dentro de un "proceso dinámico, complejo y flexible, abierto al cambio", lo que significa que nos encontramos ante "un *ser* que no es inamovible, sino que se va haciendo en el devenir de la existencia de cada día", en lo cual juega su temperamento, carácter, estructura narrativa de los significados personales y el papel determinante de la interacción con el medio familiar y social. Todo esto se suma a los efectos de la epigenética en el campo cultural, a través de lo cual adquirimos "nuestro sentido de identidad".

Asociados con el temperamento, aparecen los rasgos personales, que son constitutivos de "patrones de comportamiento generalizados que responden a tendencias emocionales, y se distinguen así de los valores, creencias y esquemas". Estos rasgos reflejan una "disposición interna y relativamente estable" que "se muestra como una tendencia a responder de una determinada manera a las situaciones" y ofrece la vida y las relaciones sociales[442], pero que no por estables se muestran fijas y, por consiguiente, son cambiantes, dado que "no somos seres completamente determinados por nuestras tendencias o rasgos de la personalidad, por mucho que estos estén propulsados biológicamente". Allí se destaca que

[440] Alberto Ferrus. "¿Qué es la consciencia? Una aproximación desde la neurociencia" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 9, 10 y 52.

[441] Xurso Mariño. "El misterio de la mente simbólica. Cerebro, lenguaje y evolución" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 12 y ss.

[442] Guillem Feixas I Viaplana. "Personalidad. Significados personales y sentido de identidad" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 11 a 14, 22 a 25 y 41 a 49.

nos "vamos forjando a la vez como autores y actores de nuestras propias narrativas" y cuyas "historias", integrando pasado, presente y futuro, "dan coherencia y sentido a los acontecimientos" y transmiten "mejor el sentido de nuestra existencia". De esta manera, no solo "nos aporta un sentido de identidad, sino que nos presentan y nos otorgan un lugar en el entorno social en el que vivimos", en cuanto son "función estructuradora de la consciencia" que le otorga sentido a la vida[443].

Si así son las cosas, lo que se encuentra acreditado por la psicología y la neurociencia, "la mente de cada persona percibe con claridad su existencia en este mundo y, por extensión, la existencia de otras mentes". La triada virtuosa de que hablan los neurocientíficos respecto de la autoconsciencia, pensamiento simbólico y lenguaje permite y facilita la construcción de códigos de conducta[444], lo cual explica no solo la habilidad propia para darse un ordenamiento jurídico estatal, sino también códigos de conducta en un ámbito mucho más reducido y específico de organizaciones pequeñas frente a la complejidad de la primera. Estos códigos son ajustables a sus propias necesidades, elaboradas a partir de sus propias experiencias, con mayores rasgos de identidad que la proveniente de la heteronomía estatal y con la participación directa de los destinatarios de las normas en la concreción, por ejemplo, de las malas prácticas en sus causas y efectos en el especial ámbito de relación del desempeño. Esto la acerca más al espectro de la debitud y exigibilidad en clave de autonomía de la consciencia ético-práctica o conciencia valorativa del individuo, que faciliten la comunicación, la orientación y la interacción entre los miembros de la organización y entre las organizaciones, como seres plenamente hábiles para "gestionar las relaciones sociales", muy a pesar de que "las personas tenemos distintas mentes, distintos yos".

Ante ello, es común la pregunta en el ámbito de la neurociencia relacionada con si nuestras decisiones cotidianas "¿siguen plenamente las reglas de la lógica o son, más bien, el resultado de un compromiso continuo entre impulso y razón?". Pero también, recientemente ha surgido una disciplina vinculada con la neurociencia, dedicada al estudio de las "las bases cerebrales de la toma de decisiones" llamada economía conductual[445]-[446], puesto que ello "equivale implícitamente a estudiar los factores que guían el comportamiento". Por lo tanto, se constituye necesariamente en el núcleo de la misión de la neurociencia cognitiva, en cuyo seno se revelan con centralidad los estudios de que fue pionero Daniel Kahneman sobre los llamados sistemas de pensamiento para la toma de decisiones, como son el Sistema 1, que se muestra como

[443] Feixas I Viaplana, Personalidad, ob. cit., pp. 11 a 14, 22 a 25 y 41.

[444] Mariño, El misterio de la mente simbólica, ob. cit., pp. 12, 13, 16, 17, 55.

[445] Elena Ortiz Terán & Joaquín López Pascual. "Neuroeconomía. Neurociencia, psicología y economía: tres disciplinas en colaboración" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

[446] También Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit., pp. 113 y ss.

"intuitivo, automático y empuja a tomar decisiones rápidamente, de acuerdo con las estrategias de simplificación del problema conocidas como heurísticas *-de la representatividad, de la disponibilidad, de la simulación, del anclaje, etc.-* y con rápidas asociaciones mentales, con frecuencia en ausencia de consciencia", permitiendo y facilitando "reaccionar a los estímulos circundantes de modo ágil y rápido. No obstante, el uso de estrategias heurísticas también puede llevar a tomar decisiones y a juicios no óptimos" denominados "*sesgos cognitivos*" o "*anomalías de elección*" por un lado; y el Sistema 2, por el otro, que "se basa en un pensamiento controlado, fruto de un proceso lento, comprometido y consciente"[447].

El cerebro humano, de manera permanente y sistemática, se encuentra "procesando, integrando o almacenando información", lo cual hace de manera consciente. Sin embrago, se ha demostrado en los últimos tiempos que la mayor cantidad de operaciones en tal sentido son llevadas a cabo de manera inconsciente, incluso cuando dormimos, de tal manera que, una vez sucede ello, las "traduce a pensamientos o ideas que también pueden regular, más frecuentemente de lo que quisiéramos, nuestras acciones y nuestra conducta". Además, podemos percibir información consciente y también percepción "subliminal o subconsciente", puesto que el cerebro así como realiza de manera automática funciones orgánicas inconscientemente como los ritmos circadianos, latidos del corazón, controles metabólicos, etc., también "es además capaz de procesar, por ejemplo, estímulos tan complejos como las palabras, incluso por debajo del umbral de la consciencia". Este tipo de operaciones tiene singular y muy especial importancia, dado que el "inconsciente actúa como filtro para separar lo que es relevante, de lo que no lo es, evitando así que se inviertan demasiados recursos en tareas que no requieren de nuestra consciencia"[448]. En efecto, así se refrenda por la psicología, cuyos estudios dan cuenta que "intentamos evitar acciones que no deseamos y acercarnos a aquello que queremos, y muy a menudo lo hacemos de forma inconsciente"[449].

Por ello, para este trabajo resulta de singular importancia la "percepción subliminal o subconsciente", esto es, estímulos que son percibidos y/o procesados por debajo del umbral de consciencia, información de la cual "no nos damos cuenta de manera subjetiva" y, en consecuencia, "no somos capaces de controlarla voluntariamente", pero que sin duda inciden en la regulación de nuestras acciones y conducta, puesto que obra como una especie de "piloto automático" que "va completando pequeños huecos de información con el fin de darnos una visión del mundo más o menos congruente con nuestras expectativas y nuestras vivencias previas".

---

[447] Nicola Canessa. "El sueño de la razón. Cómo funciona el cerebro" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 9, 97 y ss.

[448] Marcos Quevedo Díaz. "El cerebro inconsciente. Los automatismos de nuestra mente" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 9 a 12.

[449] Rubén Moreno Bote. "¿Cómo tomamos decisiones? Los mecanismos neuronales de la elección" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, p. 10.

Ahora, si nuestra consciencia se alimenta de la experiencia, pensamientos, emociones, ideas, memorias, imaginación y demás fenómenos psicológicos, resulta obvio que también en el comportamiento incidirá el campo inconsciente de estos, dado que todo ello resulta integrado por el funcionamiento del lóbulo frontal, en el cual se llevan a cabo otros procesos mentales de planeamiento, ejecución y control del movimiento, inhibición de impulsos y demás que gobiernan las acciones y las omisiones humanas. Esto tiene que ver fundamentalmente con la "conducta social", de tal manera que la percepción, procesamiento y expresión del inconsciente es asunto que no puede pasar desapercibido, ya que, querámoslo o no, va a tener incidencia en nuestras relaciones sociales intersubjetivas, habida cuenta de que "los sentidos pueden recibir e incluso interpretar toda la información que reciben de manera inconsciente". Y si se tiene en cuenta que además "solo una parte muy pequeña de información alcanza a llegar a nuestra consciencia", siendo también percibida, almacenada, procesada y transformada aquella de tipo subliminal o inconsciente, no puede despreciarse los importantes efectos que tal fenómeno pueda tener en el mundo social respecto de nuestras acciones y actuaciones[450].

Los procesamientos automáticos no pasan por el filtro y control de nuestra introspección o autoconsciencia, lo que incluye las emociones, "pensamientos, prejuicios, memorias, intereses y motivaciones", todos ligados con el aprendizaje, pero que junto con lo consciente puede ser modelado para ajustar mejor nuestro comportamiento a las exigencias sociales. Esta relación e incidencia del inconsciente en el comportamiento humano se pone en especial evidencia frente al fenómeno del priming, esto es, aquel fenómeno psicológico donde se da cuenta del "efecto que un estímulo dado tiene sobre la respuesta a otro estímulo que ha sido presentado con posterioridad"[451]-[452].

Ante los pensamientos y decisiones inconscientes, es de resaltar lo que denominó Antonio Damasio como los "*marcadores somáticos*", los cuales se activan ante señales de peligro en conductas arriesgadas, equilibrando "las señales emocionales positivas, asociadas a la anticipación de la posible victoria, que en cambio, empujarían a

[450] Quevedo Díaz, El cerebro inconsciente, ob. cit., pp. 18 y ss.

[451] Quevedo Díaz, El cerebro inconsciente, ob. cit., pp. 65 y ss.

[452] "Se ha comprobado en reiteradas ocasiones que muchos estímulos externos , a veces aparentemente absurdos y triviales, afectan a nuestra forma de pensar y de comportarnos. Y lo hacen sin que seamos conscientes de ello. Basta estar unos minutos realizando unos ejercicios en los que abunden las palabras relacionadas con la vejez (como anciano, arruga y otras por el estilo), y el comportamiento de la persona se vuelve en general más lento, incluido el de sus piernas al caminar" (Juan Luis Arsuaga & Manuel Martín-Loeches. El sello indeleble. Pasado, presente y futuro del ser humano, Barcelona, Penguin Random House, 2022, pp. 284 y ss).

arriesgar"[453]-[454]. Esto sugiere que el cerebro también inconscientemente puede prevenirnos sobre los errores no advertidos o inconscientes que podríamos cometer.

Al ámbito del Sistema 2 pertenecen capacidades de autosupervisión vinculadas con la facultad o atributo humano de la planificación, que bien se podrían resumir, como lo afirma Canessa, en la expresión: "*conócete a ti mismo y contrólate si quieres conseguir tus objetivos*". Esto tiene cuatro manifestaciones o categorías: *i) planificación antes de la tarea*, referida a "seleccionar las estrategias más apropiadas y asignar una cantidad de recursos adecuada"; *ii) supervisión durante la tarea*, que da cuenta de la capacidad para "intervenir corrigiendo el comportamiento cuando el resultado sea inferior al objetivo prestablecido"; *iii) la posterior evaluación de los resultados conseguidos y de las modalidades que los han determinado*; y, *iv) la previsión de la prestación durante todo el proceso*[455].

Ante dichas capacidades individuales del sujeto, son también imprescindibles de estudio en la conducta social las enseñanzas de la neurociencia social, que da cuenta de los comportamientos cooperativos, como los asociados a otras habilidades humanas, entre ellos, el altruismo y el castigo. La cooperación social está profundamente arraigada en nuestro cerebro y su evolución, y las conductas altruistas resultan placenteras y son premiadas por el sistema de recompensas, según lo acreditado por la neurociencia[456]. Las conductas altruistas son gratificantes para quien las practica, por cuanto son una manifestación de la cooperación social. Por su parte, el castigo altruista, ante la inobservancia de normas, implica "castigar a alguien que viola una norma social a su costa y sin beneficio económico personal alguno", pero con el beneficio de otros que se sienten compensados por su positiva atención. A la vez, tal actitud se refuerza en tanto "la posibilidad de ser castigados aumenta la adhesión a las normas sociales"[457].

Es la habilidad para la cooperación o atributo de realización de comportamientos altruistas reside el futuro del mundo[458], especialmente ante los problemas acuciantes del cambio climático o un cataclismo

[453] Canessa, El sueño de la razón, ob. cit., pp. 107 y ss. También sobre el tema Tiziana Cotrufo & Jesús Mariano Ureña Bares. "El cerebro y las emociones. Sentir, pensar, decidir" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 55.

[454] Se define al "marcador somático" como "una señal en forma de sensación corporal aprendida, que contribuye a optimizar nuestras decisiones y nuestro razonamiento" (Ortiz Terán & López Pascual, Neuroeconomía, ob. cit., pp. 56 y ss).

[455] Canessa, El sueño de la razón, ob. cit., p. 108.

[456] Cfr. Camilo José Cela Conde & Francisco J. Ayala. "El cerebro moral. Evolución del cerebro y valores humanos" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 89 y ss.

[457] Canessa, El sueño de la razón, ob. cit., pp. 127 y ss.

[458] Así, por el papel cumplido en la evolución humana, cfr. Elliot Sober y David Sloan Wilson. El comportamiento altruista. Evolución y psicología, Ana Grandal Martín (Trad.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2000.

terráqueo producto de una colisión con un meteorito o descargas electromagnéticas, rayos cósmicos o atómicos y demás, fluyentes de super novas, que demandan de la unión de todos los seres humanos[459]. Además, problemas más comunes para nuestra civilización demandan esa cooperación[460], como sucede con aquellos inherentes a la corrupción pública y privada, que representan verdaderos obstáculos a la globalización necesaria e inexorable, que tiene su futuro muy seguramente en instrumentos como el *Compliance*, que se convertirá en un vector mundial generador de confianza a través del cual se agilicen los intercambios entre países. Esto, muy seguramente, advendrá como un motor de cohesión y denominador común del intercambio, de tal manera que aquella sociedad que no se integre o personas individuales que no cooperen estarán obstaculizando el único camino para destrabar los nudos gordianos o los cuellos de botella que no permiten la integración, fundados por supuesto en la desconfianza producto de la corrupción pública y privada.

Todo lo anterior enseña, de conformidad con el estado actual de los estudios sobre neurociencia social, que "nuestras decisiones nacen de circuitos cerebrales que mantienen una pugna continua entre impulsos de naturaleza afectiva y procesos de control cognitivo que las orientan hacia decisiones tal vez no plenamente racionales, pero al menos sí razonables", lo cual, a pesar de la "supuesta irracionalidad de los procesos neurocognitivos de la decisión, nos conduce a la confianza y al comportamiento prosocial"[461]. Esto es, tenemos plena capacidad de "interpretar el mundo desde una perspectiva individualizada, al tiempo de que se es consciente de la existencia de otras mentes" por obra de la "Teoría de la mente"[462] y la existencia del sistema de "neuronas espejo", las cuales facilitan grandemente la interacción en grupo y, sobre todo, el aprendizaje, que apalancado en la epigénetica, a medida que nos vaya revelando sus alcances y practicidad, se ofrecerá muy seguramente como un revolucionario instrumento no solo apto para incidir en sus efectos hacia el comportamiento futuro del sujeto, sino sobre el de sus descendientes y el de la sociedad en general, como un potente motor cultural e intercultural en un mundo cada vez más globalizado en una constante retroalimentación genes-cultura a tra-

[459] Para el efecto, muy ampliamente, Michio Kaku. El futuro de la humanidad. La colonización de Marte, los viajes interestelares, la inmortalidad y nuestro destino más allá de la tierra, Bogotá, Debate, 2021.

[460] "El comportamiento moral altruista de origen se vería transformado y sujeto a códigos de control particulares, por medio de tradiciones que significarían el paso hacia una conducta ética en el sentido que toma en la actualidad", lo cual solo fue posible por la emergencia del lenguaje (Cela Conde & Ayala, El cerebro moral, ob. cit., pp. 38 y ss).

[461] Canessa, El sueño de la razón, ob. cit., p. 140.

[462] Sobre la "Teoría de la Mente", véase: Jesús Zamora Bonilla. "En busca del yo. Una filosofía del cerebro" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 36 y ss.

vés de la epigenética[463] –"*el llamado efecto Baldwin*"-[464-465].

Las organizaciones en su componente público o privado, a través de la identificación de las debilidades sobre las cuales se quiere prevenir errores en la conducción correcta y en la integridad de sus miembros, le compete descifrar aquello sesgos cognitivos que aquejen de manera singular y grupal a la organización. Deben instituir los mecanismos necesarios para disminuirlos o removerlos a través de la llamada "higiene en la toma de decisiones en las organizaciones" de que dan cuenta Kahneman, Sustein y Sibony[466]. Ello se predica tanto en lo que respecta a los cursos causales y el mundo de las probabilidades como a lo concerniente al mundo moral, puesto que las ideas sobre lo bueno o lo malo, lo correcto o lo incorrecto y lo lícito o lo ilícito resultan determinantes en la toma de decisiones[467].

Para el efecto, muy importante conocer lo relacionado con los llamados dilemas morales, su funcionamiento y las diferencias entre conductas activas y omisivas, pero, sobre todo, la implicancia directa o indirecta en los daños personales del otro[468].

El cerebro surgió y evolucionó como un mecanismo de la vida que cumple la función de asegurar la supervivencia y la descendencia, esto es, hacer exitoso al individuo respecto de su conducta en el entorno donde se desenvuelve, para que su desempeño sea lo más adecuado posible a este, viabilizando "conseguir que hagamos lo que más nos conviene hacer en cada momento". Lo anterior es inherente a la principal función biológica de los cerebros, especialmente el humano, que consiste en "permitir que los organismos desarrollen conductas más y más complejas"[469]. El problema es que nuestro cerebro se encuentra adaptado a un medioambiente del Pleistoceno, muy

[463] En la epigenética se da cuenta del "aspecto más moderno en el que confluyen con claridad lo aspectos heredados y los aprendidos", es decir, "el descubrimiento de cómo los genes influyen en el comportamiento humano sumado al del cómo la epigenómica obra a su vez el proceso el proceso inverso está restructurando la visión dicotómica, y enriquecen el debate sobre el peso de la herencia y la posible modulación que ejercen la educación y la crianza", donde en las "interacciones se mezclan de nuevo los productos de los genes con las influencias de las experiencias, de los sucesos vividos, del ambiente". Se trata de un "proceso dinámico" que ha acreditado ser producto donde "no todo se reduce a la genética, sino que el ambiente también influye en la vida de las personas, en su aspecto físico y en su comportamiento" [José Ramón Alonso & Irene Alonso Esquisábel. "El cerebro nace o se hace. Genes y ambiente" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 14, 15,16, 22, 23, 26, 27, 29 y 30].

[464] Mariño, El misterio de la mente simbólica, ob. cit., pp. 76, 90, 104, 105, 106 y 129.

[465] Sobre la epigenética, véase: Gómez Pavajeau & Gutiérrez de Piñeres Botero, Epistemología y teoría del delito, ob. cit., pp. 325 y ss.

[466] Kahneman, Sibony & Sustein, Ruido, ob. cit.

[467] Zamora Bonilla, En busca del yo, ob. cit., pp. 92 y ss.

[468] Cfr. Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit., pp. 74 y ss.

[469] Zamora Bonilla, En busca del yo, ob. cit., pp. 14, 15, 63 y ss.

diferente al actual, con desajustes insalvables, dado que los logros de la cultura han sido tan amplios y rápidos que no ha existido oportunidad de su ajuste evolutivo y esas inconsecuencias generan los llamados errores o sesgos cognitivos.

Si ello ha sido así, lo cual es ampliamente aceptado por los neurocientíficos, igualmente debe darse cuenta de la aceptación de aquella idea de que "el lenguaje moldea la estructura cerebral y también influye en su visión del mundo y en su forma de ser". Nuestro cerebro "nunca está terminado, se mantiene en permanente construcción [...] es moldeado hasta el último de nuestros días por los aprendizajes, la experiencia y los retos a los que lo sometemos", en lo cual influye, además, la epigenética. Este fenómeno, como ya lo hemos visto, implica "la capacidad de determinados factores ambientales no solo de interactuar con nuestro sustrato genético, sino de modificarlo en un organismo con efectos hereditarios"[470]. Neurocientíficos de renombre postulan que entre epigenética y comportamientos morales existe una ecuación indiscutible, toda vez que ante "un posible marco para la evolución de la moral", se sugiere que "habría venido impuesta por los cambios de la expresión de genes en el cerebro a partir de materiales preexistentes"[471].

La consciencia y el inconsciente trabajan continua y conjuntamente, de manera que, para mejorar nuestro comportamiento y hacerlo mucho más predecible y controlable, es esencial tener un conocimiento básico de cómo funcionan desde el punto de vista neurológico. Esta imbricación no es excluyente, sino necesaria e indefectiblemente complementaria, de suma y no de resta, de suma geométrica y no meramente matemática. Se trata de una integración de habilidades humanas que, cuando se combinan adecuada y apropiadamente, producen unas cualidades emergentes que son más que las que aportan la simple suma de las partes.

Pero, además, esa no exclusión y más bien complementariedad que conduce a la generación de propiedades emergentes en los sistemas complejos, se observa claramente en el *Compliance*, que se traduce en una relación de inordinación entre los tratamientos adecuados y apropiados para los sesgos cognitivos y hábitos disfuncionales en la toma de decisiones, que, por demás, si se descartan, conducirán a que su ausencia resultara indicadora *-indicios-* de culpa y atribución del comportamiento a dolo.

Esa complementariedad debe estudiar también, cuando se trata de elaborar estrategias para el cambio en materia de sesgos cognitivos y hábitos perniciosos o perjudiciales para los individuos y las organizaciones, lo referente al funcionamiento de importantes neurotransmisores como la "dopamina", una molécula química de profunda y amplia incidencia en el entendimiento y por supuesto control del comportamiento humano. Se resalta, desde ahora, que ello

[470] Cfr. Alonso & Alonso Esquisábel, El cerebro nace o se hace, ob. cit., pp. 53, 75 y ss. Especialmente pp. 99, 103 y ss.

[471] Cfr. Cela Conde & Ayala, El cerebro moral, ob. cit., pp. 76 y ss.

no significa determinismo absoluto, pero sí incidencia. No obstante, todo el conocimiento sobre el punto redundará en una mayor libertad humana: "la biología no determina el destino. Las personas cuyos sistemas de control de la dopamina están en un extremo u otro pueden cambiar"[472].

La dopamina en el cerebro cumple una funcionalidad polivalente al subir o bajar su producción en la llamada "*emoción dopaminérgica*", toda vez que influye sobre los impulsos conductuales, generando emociones en sentido positivo o negativo. Esto se relaciona con la activación del "circuito de los deseos", expresado en forma de una gran energía para la imaginación. Esta energía puede ser tan intensa que "la atención se centra en cosas que no importan en detrimento de las que sí", lo que, en ocasiones, significa que no se procesa "la experiencia en el mundo real, solo de posibilidades de futuro ficticias". La dopamina también se vincula con el entusiasmo y la esperanza, lo que explica la búsqueda de nuevas experiencias y la creatividad.

Por otro lado, existe el "circuito cerebral del control", cuya "finalidad es gestionar los impulsos descontrolados de la dopamina del deseo, coger esa energía pura y guiarla hacia objetivos provechosos [...] al usar conceptos abstractos y estrategias con miras al futuro, nos permite hacernos con el control del mundo que nos rodea y dominar nuestro medio". Este circuito mantiene la capacidad de calcular y planear, la confianza medida, la tenacidad en la búsqueda de los propósitos y logros y, por supuesto, la fuerza de voluntad. Todo esto ocurre, principalmente, en el área "ventral tegmental del cerebro, el lugar donde se originan, tanto el circuito del deseo como el del control".

La dopamina tiene que ver con la perspectiva del futuro imaginado, el propósito que lo involucra y la planeación para lograrlo, llamado espacio "extrapersonal", así como con la respuesta química que ello comporta a través del sistema de recompensas y castigos. Sin embargo, también se relaciona con el "*aquí y ahora*", con centrarse en el pasado y, sobre todo, en el presente, anclándonos en lo real o vivencia. Este espacio, conocido como "peripersonal", está influenciado por neurotransmisores como la serotonina, la oxitocina y la endorfina. Ambas perspectivas deben ser comprendidas sistemáticamente para buscar el equilibrio y evitar tanto la paralización o ralentización de respuestas conductuales como la generación de adicciones o malos hábitos según la intensidad de su expresión. En resumen, estos procesos integrados implican el "paso del deseo dopaminérgico al gusto del aquí y ahora"[473].

---

[472] Cfr. Daniel Z. Lieberman & Michael E. Long. Dopamina. Cómo una molécula condiciona de quién nos enamoramos, con quién nos acostamos, a quién votamos y qué nos depara el futuro, María Eugenia Santo Coloma (Trad.), Bogotá, Planeta, 2022, pp. 130, 138, 140, 142 y ss.

[473] Cfr. Lieberman & Long, Dopamina, ob. cit., pp. 11 y ss, 98, 105 y ss. Sobre la posibilidad y viabilidad de los cambios conductuales, toda vez que "los circuitos del control de la dopamina y los circuitos del aquí y ahora actúan de forma opuesta, creando un equilibrio", muy especialmente, pp. 139 y ss, 157 y ss.

Nuevamente aquí, juegan la inconsciencia y la consciencia, relación denostada en épocas pasadas, hoy necesaria de atender y comprender, pero sobre todo de una cabal aplicación inordinada con miras a las terapias conductuales que se precisan para la corrección de sesgos cognitivos, hábitos perniciosos y, muy especialmente, los tratamientos para problemas relacionados con adicciones. En otras palabras, los científicos en neurociencias han comprobado que la información sobre el cómo funciona nuestro cuerpo y nuestro cerebro, lo que se ha denominado el *biofeedback*, contribuye al diseño de estrategias para superar los anteriores, en tanto y cuanto "ayuda a encontrar modos eficaces de controlar cosas que suelen ser inconscientes". La explicación neurocientífica de ello estriba en el descubrimiento que se ha logrado en torno a comprender que "el sistema dopaminérgico en su conjunto evolucionó para aprovechar al máximo los recursos futuros", de modo que "el circuito del control inhibe la emoción del aquí y ahora y nos permite pensar de manera fría y racional, que es lo que suele requerirse cuando se han de tomar decisiones difíciles"; esto es, "la dopamina no sólo produce deseo, sino también dominio", por lo que "puede hacer más que proporcionarnos dominio sobre el mundo: puede crear mundos totalmente nuevos, mundos que puedan ser tan asombrosos que solo podrían haber sido creados por un genio [...] o un loco"[474].

De nuevo la gran enseñanza del Oráculo de Delfos, o la famosa frase de Sócrates: "conócete a ti mismo". O en términos modernos, transformada por la neurociencia o, mejor, reformulada: "conoce tu cerebro".

Todo ello contribuirá a la creación de una cultura que se entienda como responsable de la solución a los problemas globales que aquejan a la humanidad en la actualidad y que se acentúan como catastróficas para la especie, retomando viejos conceptos como la de hábitos y éticas de las virtudes, como también otros más modernos relacionados con las enseñanzas de las neurociencias en campos definitorios como los sesgos cognitivos y la ciencia de la toma de decisiones o neuroeconomía –"*hacia una neurociencia de la conducta*"-, donde lo biológico y lo cultural se inordinan, pero también lo hacen conceptos como la ética de las virtudes y la ética del deber, la responsabilidad individual, la grupal y la empresarial, un instrumento al servicio de tal conceptualización desde un punto de vista constitucional y convencional, especialmente materializando los deberes consignados en los artículos 30[475] y 32[476] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de un

[474] Cfr. Lieberman & Long, Dopamina, ob. cit., pp. 161 y ss.

[475] "Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

[476] "Correlación entre Deberes y Derechos. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

respeto que hace gala de la esencia de la responsabilidad individual, personal y culpabilista que tiende a difuminarse en las doctrinas modernas prejuiciadas de eficientismo y sacrificio de los derechos y garantías individuales.

El más importante psicólogo en materia de la toma de decisiones, galardonado con el Premio Nobel de Economía, Daniel Kahneman, en enjundiosos estudios advierte, con base en pruebas experimentales, lo profundamente dañinos o perjudiciales que pueden ser los sesgos cognitivos en la toma de decisiones en materia de juicios morales, ya se individual o colectivamente adoptados. Esto se debe a la gran cantidad de sesgos y al "*ruido*" que originan preconceptos y prejuicios enclavados en lo más profundo de nuestros cerebros por virtud de la evolución, de los cuales debemos estar conscientes y advertidos[477] si no queremos cometer graves injusticias. Hoy es una verdadera disciplina la de la supresión del riesgo y el ruido a través de la "*higiene en la toma de decisiones*", metodología que, sin duda, coadyuvará a evitar los constantes y repetitivos errores en que se incurre en las organizaciones privadas y públicas de control como nuestra Administración de Justicia penal y disciplinaria en sentido formal y material, tanto retributiva o represiva como preventiva[478]. En otras palabras, podemos estar advertidos y prevenidos para captar, identificar y precisar sesgos cognitivos que por obrar inconscientemente afectan nuestras decisiones conscientes e inconscientes, toda vez que científicamente está demostrado que "respondemos de forma automática a problemas complejos con la información escasa que tenemos en mente" y en no pocas ocasiones, muchas por cierto, "solemos llegar a conclusiones equivocadas, pero confiamos plenamente en ellas".

Ante ello, un muy buen recurso para salir de dichos atolladeros es, como se ha dicho con base en los estudios de Sigman y demás neurocientíficos y psicólogos mencionados y por mencionar, echar mano de la "propiedad reflexiva del lenguaje: la capacidad de un enunciado de modificar aquello que describe. Sobre todo, a nosotros mismos", como una estrategia efectiva para superar los sesgos y evitar que lo falso se solape con la verdad: "se confunden en el cuerpo lo cierto y lo falso, la realidad y la ficción", esto es, "a veces estamos tan sumidos en la experiencia virtual que casi olvidamos su carácter irreal". Todo esto impacta en el receptor de los mensajes, en quien pesan las emociones generadas por el comunicador[479].

La neurociencia ha descubierto que "una decisión es una elección entre futuros simulados mentalmente. Cuando tomamos una decisión, imaginamos sus consecuencias futuras, esto es, simulamos realidades posibles", entre ellas sus consecuencias. El éxito de dicha decisión depende, en gran medida, de que tales simulaciones mentales

[477] "[...] la complejidad de la sociedad moderna puede hacer que las decisiones automáticas de lucha o huida vayan en contra de nuestros intereses" (Lieberman & Long, Dopamina, ob. cit., pp. 148 y ss).

[478] Kahneman, Sibony & Sunstein, Ruido, ob. cit., pp. 263 y ss.

[479] Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., pp. 25 y ss.

"sean realistas y tengan en cuenta, al menos, las situaciones más probables". De allí que "la necesidad de evaluar un gran repertorio de escenarios, consciente o inconscientemente, es lo que explica la complejidad de la toma de decisiones y por qué gran parte del cerebro interviene en ellas"[480].

Ante los sesgos cognitivos, nos encontramos frente a una especie de "miopía de la razón", cierta "propensión a buscar explicaciones para lo desconocido", dando origen a conductas "estereotipadas" que nos llevan a erróneas y hasta pésimas decisiones activas u omisivas, principales fuentes de sesgos y prejuicios en cuanto "forman parte del sistema de intuiciones que muchas veces nos lleva a tomar decisiones equivocadas en las que confiamos ciegamente"[481].

En la toma de decisiones intervienen los hábitos; de hecho, los neurocientíficos afirman que una gran proporción de decisiones las tomamos en "piloto automático", es decir, no intervienen en ellas determinantemente la actividad consciente y la voluntad. Se estima que cerca de un 99% de "nuestras acciones diarias corresponden a hábitos o acciones por defecto" y solo un 1% son las más importantes e involucran situaciones "novedosas y generalmente de relevancia", pero que si se repiten, terminan convirtiéndose en respuestas suficientes desde la óptica de los hábitos[482]. Los hábitos toman su justa medida, dice Sigman, "gracias a la práctica y a la experiencia"[483].

En principio, entonces, "cuando tomamos una decisión esta se debe llanamente a que hemos alcanzado un nivel de confianza suficiente, de otra forma no la habríamos tomado. [Así], en situaciones de urgencia tomamos una decisión generalmente con menor confianza, lo cual conlleva a una probabilidad mayor de cometer un error". De allí que "la situación en la que estamos inmersos es la que nos dicta cómo actuar. No sentir urgencia y siempre intentar conseguir un nivel de confianza alto antes de adherirnos a una decisión nos puede llevar, por el contrario, a situaciones desastrosas"[484].

Las emociones son inevitables, ya que venimos cableados para ellas por virtud de la evolución. No obstante, se ha demostrado que los efectos de estas pueden ser controlados, incluso los de aquellas más primitivas que inciden en el funcionamiento más básicamente biológico[485]. Las emociones desempeñan un papel fundamental en la toma de decisiones[486].

Si lo anterior es cierto, sin duda alguna, como lo ha establecido Kahneman, los sesgos cognitivos pueden superarse como lo afirma la neurociencia, esto es, "mediante la regulación emocional consiste[nte] en adoptar una serie de conductas para cam-

480 Moreno Bote, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob. cit., pp. 13, 109 y ss.
481 Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., pp. 37 y ss.
482 Moreno Bote, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob. cit., p. 35.
483 Sigman, El poder de las palabras, ob. cit., p. 267.
484 Moreno Bote, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob. cit., p. 76.
485 Ortiz Terán & López Pascual, Neuroeconomía, ob. cit., pp. 48 y ss.
486 Cfr. Cotrufo & Ureña Bares, El cerebro y las emociones, ob. cit., pp. 11 y ss, 131 y ss.

biar la respuesta emocional, tales como evitar situaciones o personas, modificar el entorno, desviar la atención, hacer una reevaluación de la situación o manejarla de otra forma e inhibir conductas emocionales" ante situaciones identificadas como susceptibles de afectar el funcionamiento social y cognitivo del cerebro humano, utilizando como técnica inhibidora del sesgo una reevaluación emocional. Aquí juegan un especial papel cierto tipo de neuronas dopaminérgicas que regulan la conducta humana sometida a emociones, especialmente cuando estas se relacionan con "las predicciones de unas neuronas altamente sensibles y plásticas, que están constantemente ajustando sus conexiones a la realidad y que cada vez que se comete un error se amoldan a los cambios" en tanto respuestas empíricas al medio[487].

En resumen, "comprender los mecanismos neuronales que subyacen en los procesos que implican riesgos y recompensas es dar un paso de gigante en el entendimiento de las decisiones irracionales que tomamos en nuestra vida", pues difieren las redes neuronales utilizadas cuando tomamos decisiones seguras de aquellos eventos en los cuales tomamos decisiones inseguras y sometidas a probabilidades y riesgos, últimas estas que llevan impregnadas una gran dosis de emoción, marcadas además, nos guste o no, por el contexto en que se desarrollan[488].

Si así son las cosas, entonces, como afirman los estudiosos del tema, si "el conocimiento humano está siempre, de entrada, sesgado" y es "solo a través de un muy arduo trabajo que logramos superar los sesgos"[489], su control es algo imperativo de la toma de decisiones personales y al interior de las organizaciones, en cuanto y tanto demandan "escrutinio y vigilancia reflexiva"[490].

Reiteramos que los sesgos son muchos. Los descubiertos y deben serlo también, los por descubrir, lo cual se aplica para todas las dis-

[487] "[...] cabría decir que si me engañas una vez la culpa es tuya, pero si me engañas dos veces la culpa es de mis neuronas dopaminérgicas, que no se han adaptado correctamente al medio" (Ortiz Terán & López Pascual, Neuroeconomía, ob. cit., pp. 84 y ss).

[488] Ortiz Terán & López Pascual, Neuroeconomía, ob. cit., p. 93.

[489] Carlos Eduardo Maldonado & Jairo Giraldo Gallo. El mundo es cuántico. Una teoría a partir de las múltiples interpretaciones de la mecánica cuántica, Bogotá, Ediciones Desde Abajo, 2022, p. 193.

[490] Villarruel-Fuentes, El quehacer del científico, ob. cit., p. 64.

ciplinas en general[491]-[492]-[493], pero en el ámbito jurídico y judicial penal[494]-[495]-[496] destacan algunos muy estudiados como[497]-[498]:

1) El sesgo de confirmación: "Consiste en esa tendencia que tenemos todos a buscar información que confirme nuestras hipótesis en vez de buscar información que nos ayude a falsarlas" [499]-[500]. *"Este pensamiento se sustenta en aceptar, sin dudar, las pruebas que*

[491] Daniela Concha, María Ángeles Bilbao, Ismael Gallardo, Darío Páez & Andrés Fresno. "Sesgos cognitivos y su relación con el bienestar subjetivo" en Salud & Sociedad, vol. 3 n.° 2, mayo - agosto 2012, pp. 115 a 129 en https://www.researchgate.net/publication/285404266_SESGOS_COGNITIVOS_Y_SU_RELACION_CON_EL_BIENESTAR_SUBJETIVO_COGNITIVE_BIASES_AND_THEIR_RELATIONSHIP_WITH_SUBJECTIVE_WELL-BEING/citation/download, consultado el 21 de octubre de 2023.

[492] Almudena Duque, Irene López-Gómez, Iván Blanco & Carmelo Vázquez. "Modificación de Sesgos Cognitivos (MSC) en depresión: Una revisión crítica de nuevos procedimientos para el cambio de sesgos cognitivos" en Revista Terapia Psicológica, Vol. 33, n.º 2, 2015, pp. 103 a 116, en Dialnet, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5298868, consultado el 21 de octubre de 2023.

[493] José Anastasio Urra Urbieta, Aida Medina Lorza & Alejandro Acosta Naranjo. "Heurísticos y sesgos cognitivos en la dirección de empresas: un meta-análisis" en Revista Venezolana de Gerencia, vol. 16, núm. 55, julio-septiembre, Maracaibo, Universidad del Zulia, 2011, pp. 390 a 419.

[494] Particularmente para el Derecho Procesal Penal Acusatorio: Paola Iliana de la Rosa Rodríguez & Víctor David Sandoval Navarro. "Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio" en Revista Derecho Penal y Criminología Volumen XXXVII N.° 102 - enero-junio de 2016, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 141 a 164.

[495] Muñoz Aranguren, La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano, ob. cit., pp. 3 y ss.

[496] Cfr. Páez, Los sesgos cognitivos y la legitimidad de las decisiones judiciales, ob. cit., pp. 191 y ss.

[497] Cfr. Helena Matute. "Nuestra mente nos engaña. Sesgos y errores cognitivos que todos cometemos" en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018, pp. 33, 43, 47, 51, 69, 70, 125 y 126.

[498] Para la labor judicial, los más conocidos en Xavier Andrade Cadena, Carolina Arroyo Aguirre & Estefanía Fierro Valle. "Vicios, sesgos y conjuros arbitrales" en Revista Ecuatoriana de Arbitraje N.° 8, 2016 en https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art1.pdf, consultado el 21 de octubre de 2023.

[499] Cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit., pp. 33, 43, 47, 51, 69, 70, 125 y 126.

[500] "El sesgo de confirmación es la tendencia a buscar, interpretar, favorecer y recordar información que confirme o apoye las creencias o valores personales anteriores. Es un tipo importante de sesgo cognitivo que tiene un efecto significativo en el funcionamiento adecuado de la sociedad al distorsionar la toma de decisiones basada en la evidencia. Las personas muestran este sesgo cuando recopilan o recuerdan información de manera selectiva, o cuando la interpretan de manera sesgada. Por ejemplo, una persona puede elegir datos empíricos que respalden su creencia, ignorando el resto de los datos que no son de apoyo. Las personas también tienden a interpretar pruebas ambiguas que respaldan su posición actual. El efecto es más fuerte para los resultados deseados, para

apoyan las ideas propias; muestra, a la vez, escepticismo con aquellas que son contrarias a estas, y las asume como parciales o con intereses distintos. En términos de la ciencia y la investigación, es común observar cómo las personas alinean los resultados obtenidos a partir de sus propias certidumbres, haciéndolos coincidir con las premisas de su saber (lo que Estupinyà denomina como cherry picking). Esto se muestra, frecuentemente, cuando las hipótesis al final no coinciden con los resultados, circunstancia en la que muchas investigaciones suelen acomodarlas teórica y conceptualmente para que se ajusten a ellos o viceversa. En otro sentido, se encuentra el ajuste que se realiza con respecto a los resultados y su interpretación, o en relación con los resultados y el marco teórico-conceptual que se tiene. Lo transcendente estriba en que, al final, el conocimiento generado es una parcialidad cognitiva; una subjetividad disfrazada de objetividad por quien investiga"[501], *otros, en el específico campo penal, "la visión de túnel ocurre cada vez que los diferentes actores del sistema desarrollan una creencia inicial o sospecha, se aferran a ella y luego interpretan toda la información posterior de manera tal que sea consistente o confirme la creencia inicial"*[502].

2) El sesgo de disponibilidad: "Se refiere a cómo de disponible o activa está una determinada idea, imagen

problemas cargados de emociones y creencias profundamente arraigadas. El sesgo de confirmación es una construcción amplia que cubre varias explicaciones. Se ha invocado la búsqueda sesgada, la interpretación y la memoria para explicar la polarización de la actitud (cuando un desacuerdo se vuelve más extremo a pesar de que las diferentes partes están expuestas a la misma evidencia), la perseverancia de las creencias (cuando las creencias persisten después de que la evidencia de ellas es falsa), el efecto de primacía irracional (una mayor dependencia de la información encontrada al principio de una serie) y la correlación ilusoria (cuando las personas perciben falsamente una asociación entre dos eventos o situaciones). Una serie de experimentos psicológicos en la década de 1960 sugirió que las personas están predispuestas a confirmar sus creencias existentes. El trabajo posterior reinterpretó estos resultados como una tendencia a probar ideas de manera unilateral, enfocándose en una posibilidad e ignorando alternativas («sesgo misterioso», un nombre alternativo para el sesgo de confirmación). En ciertas situaciones, esta tendencia puede sesgar las conclusiones de las personas. Las explicaciones de los sesgos observados incluyen las ilusiones y la capacidad humana limitada para procesar la información. Otra explicación es que las personas muestran un sesgo de confirmación porque están sopesando los costos de estar equivocados, en lugar de investigar de manera neutral y científica (Miguel Valenzuela. "Sesgo de confirmación" en Psicólogos en línea, 2020, en https://psicologosenlinea.net/249-este-es-un-articulo-destacado-haga-clic-aqui-para-mas-informacion.html, consultado el 20 de octubre de 2023).

[501] Villarruel-Fuentes, El quehacer del científico, ob. cit., p. 61.

[502] Víctor Beltrán Román. "Visión de túnel: notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal" en Revista de Estudios de la Justicia, June 2021, p. 19 en: https://www.researchgate.net/publication/352904078, consultado el 21 de octubre de 2023.

o concepto, en nuestra mente en un determinado momento, y a que, cuanto más activada esté, más influirá en nuestra percepción, nuestras decisiones, nuestro razonamiento, etcétera"[503]*; esto es, "de acuerdo con el procedimiento mental denominado heurístico de disponibilidad, el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares (ídem). Bajo este precepto y aplicándolo al ámbito jurisdiccional, las decisiones judiciales estarán influenciadas por casos previos que tengan algún parecido con el actual. Específicamente, se sobreestima la información recabada en el pasado y, por tanto, se formulan conclusiones erróneas. A manera de ejemplo, si un juez decidió previamente en dos casos que el acusado cometió un homicidio, existe mayor probabilidad de que en un caso similar condene al procesado"*[504]*.*

Una variante de esta tipología sería "lo que sucede en la representatividad (sesgo) es que el sujeto en lugar de recurrir a datos estadísticos [...] se apoya, de manera habitual, en aspectos superficiales de similitud, basando sus juicios en el grado en que el estímulo o la situación representan las características esenciales de la categoría. De esta forma, cuanto más típico es un caso o situación respecto de una categoría, mayor será la probabilidad para el sujeto que el objeto analizado pertenezca a la misma [...] El porqué de este razonamiento, alejado de la estadística o de la tasa base reitero, es que [...] la mayoría de veces es razonable hacer juicios por semejanza; no obstante, esos juicios y nuestra falsa intuición terminan provocando errores por dejar de lado información de relevancia. Se confunde lo semejante (o parecido) con lo probable"[505]*.*

3) El sesgo de causalidad: "Atribuir causalidad a algo que ocurrió justo antes de un hecho importante, aunque se tratara de una simple causalida-

[503] Cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit., pp. 33, 43, 47, 51, 69, 70, 125 y 126.

[504] De la Rosa Rodríguez & Sandoval Navarro, Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial, ob. cit., pp. 160 y 161.

[505] Cfr. Bustamante Requena, Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba, ob. cit., pp. 12 y 13.

d"[506]*, también llamado de correlación ilusoria*[507]-[508] *y/o "Ilusión de serie o apofenia. Ya mencionado anteriormente, este sesgo se basa en la observación de patrones donde no los hay. Se trata de relacionar en conjunto hechos que no están conectados. Por ejemplo, una investigadora social especializada en fenómenos de género, puede ver problemas de discriminación donde no los hay, identificando variables y asociándolas para construir una realidad que solo está en su mente. Finalmente, tal como afirma Peña, 'las tareas rutinarias y repetitivas con frecuencia hacen que nuestro pensamiento siga estilos ortodoxos, en vez de favorecer el pensamiento lateral. A esto se le denomina pensamiento en línea vertical'"*[509]*. En este sentido, en*

[506] Cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit., pp. 33, 43, 47, 51, 69, 70, 125 y 126.

[507] "La correlación ilusoria. Parecida a la apofenia (encontrar patrones y conexiones en sucesos aleatorios o en datos que no tienen sentido). Es la tendencia a suponer que existe relación entre dos variables, aunque no haya datos o evidencia que lo confirmen (correlaciones espurias). Por ejemplo, la falacia post hoc ergo propter hoc (después de esto, por lo tanto, por causa de esto) que se ejemplifica cuando se establece una relación aparentemente lógica, pero sin sentido, como es el caso de considerar la reprobación escolar como causa directa de la deserción o abandono, sin saber si esto es realmente cierto; o admitir que un sistema de gestión de la calidad mejora el desempeño de docentes y estudiantes, solo porque se refiere a la calidad. Algunas veces se expresa de manera ex post-facto, como cuando se identifica a estudiantes de alto desempeño y se asume que se debe a la calidad de la enseñanza que se impartió o a las competencias docentes de sus maestros o maestras. A decir de Torres-Salazar (2018, p. 7), se trata de un 'patrón de asociación cognitiva irracional', o bien 'de la tendencia a sobreestimar la existencia de covariación entre dos eventos' (Rodríguez-Ferreiro y Barberia, 2018, p.1)" (Villarruel-Fuentes, El quehacer del científico, ob. cit., pp. 63 y 64).

[508] Creemos que se trata del mismo llamado "sesgo retrospectivo o sesgo de retrospectiva es una desviación en el proceso cognitivo del ser humano por la cual se experimenta una tendencia a considerar que un suceso, una vez que ha tenido lugar, era mucho más predecible de lo que en realidad fue. En otras palabras, una persona que se deje caer por este sesgo creerá que un determinado evento, ya sucedido, era previsible, cuando en realidad no tenía por qué ser así. Este fenómeno también se llama determinismo progresivo. El sesgo retrospectivo conlleva una serie de consecuencias. En primer lugar, los recuerdos de un sujeto acerca del hecho en concreto pueden sufrir una distorsión, pues para encajar el efecto de dicho sesgo, la persona puede modificar inconscientemente los datos que creía saber sobre dicho suceso antes de que tuviese lugar. Es decir, la persona pensará que sabía mejor lo que iba a suceder de lo que en realidad conocía con anterioridad. No solo se trata de un problema de distorsión del pasado, sino que el sesgo retrospectivo también puede afectar al futuro, pues puede fomentar una confianza fundamentada en hechos distorsionados de cara a eventos futuros. Por lo tanto, la persona podría pensar que tiene mayor capacidad de control de la que tiene en realidad" (Luis Martínez-Casasola Hernández. "Sesgo retrospectivo: por qué todo parece obvio una vez que ha sucedido" en Psicología y Mente, 2021, en https://psicologiaymente.com/psicologia/sesgo-retrospectivo, consultado el 20 de octubre de 2023. También así Beltrán Román, Visión de túnel, pp. 26 y 27).

[509] Villarruel-Fuentes, El quehacer del científico, ob. cit., p. 64.

la subespecie de sesgo retrospectivo, se "demuestra la incapacidad del sujeto para abstraerse de la información que aporta el desenlace, la cual modifica su recuerdo u opinión sobre el hecho, haciéndolo pensar que siempre lo supo y que, por tanto, era lógico pensar que sucedería así. En pocas palabras, el conocimiento del resultado, que brinda la sensación de que entendemos en qué consistió el pasado, podría evitar que sepamos de mejor forma algo de él. Finalmente, un aspecto importante tiene que ver con el efecto que se produce en proporción con la magnitud del resultado: a más daño o gravedad del resultado, mayor efecto del sesgo en el sujeto que evalúa"[510]*. Creemos, por todas las similitudes, que se trata en el fondo del mismo sesgo denominado de resultado*[511].

4) Los sesgos de grupo, como el de protección, consiste en que siempre se hace descansar en otro nuestra protección cuando estamos en grupo[512]. Sobre ello se comenta que "querer pertenecer a una comunidad en especial se convierte en un propósito sublimado, desde donde se busca afanosamente la congruencia necesaria para pertenecer a dicho sistema. Identificarse con la tribu tiene un costo en términos de pensamiento y razón, de acción y condicionamiento. En aras de este objetivo, el cerebro humano gusta de aplicar soluciones conocidas (y avaladas por la comunidad), ya que probar cosas nuevas, mediante el ensayo y error, implica una nueva inversión en tiempo y esfuerzo: el cerebro, si ya conoce una solución, se vuelve 'ciego' a otras posibles soluciones. Se trata de una ilusión creada por cánones dictados al razonamiento mediante caminos ya conocidos de reflexión y procesamiento de información (*illusion of understanding*); dicho en otros términos: 'creer que algo de naturaleza compleja es simple solo porque se dice entenderlo, significa que no se entendió después de todo'. Al final se trata de la mente y la biología conspirando contra el razonamiento"[513]. Esto es, "El efecto de conformidad ha sido entendido como aquella tendencia a actuar o pensar como los demás miembros de un determinado grupo. Así, debido a la influencia social, las personas tienden a ajustar sus percepciones, creencias y comportamientos conforme con los demás. En esta materia, investigaciones han mostrado que las personas confían en los puntos de vista de otros para desarrollar sus propias conclusiones, otras veces para obtener información adicional y otras simplemente para estar en sintonía con sus pares". Lo cual, todo indica que es así, es un género dónde puede tener cabida específica como especie el sesgo denominado del propio rol o rol compartido, como ocurre cuando el perito y el investigador hacen parte, como en Co-

[510] Cfr. Bustamante Requena, Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba, ob. cit., pp. 14 y 15.

[511] Cfr. Bustamante Requena, Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba, ob. cit., pp. 15 y 16.

[512] Cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob.cit, pp. 33, 43, 47, 51, 69, 70, 125 y 126.

[513] Villarruel-Fuentes, El quehacer del científico, ob.cit, p. 65.

lombia, del órgano de persecución penal[514].

5) El sesgo del exceso de confianza por virtud de la sensación de seguridad que ciertas situaciones y circunstancias ofrecen, descuidando otros flancos que debemos monitorear, lo cual tiene ocurrencia principalmente en los fraudes[515]. Este "sesgo de sobreconfianza puede ser definido como un error sistemático de calibración subjetiva de éxito en la toma de decisiones bajo incertidumbre (Camerer y Lovallo; Oskamp). Este error consiste en la sobreestimación del éxito de las propias decisiones. De manera más específica puede formularse como el exceso de confianza en las estimaciones subjetivas (E) en comparación con los resultados reales obtenidos u observados (O)"[516].

6) El sesgo del punto ciego o "ceguera de cambio"[517], según el cual siempre vamos a tener "la dificultad de detectar nuestros propios sesgos"[518]- [519]; diríamos, el "sesgo del sesgado", en cuanto y tanto "no existe peor ceguera de aquél que no quiere ver". Le mente de quien ama y se compromete al conocimiento debe estar abierta, dispuesta a las cosas nuevas que la mejoran y engrandecen, no cuadricularse, sino buscar la perfección de la esfera y el círculo en el sentido genuinamente griego, como la búsqueda infinita de la perfección. No aceptar la existencia de los sesgos cognitivos y la viabilidad de superarlos, aunque con esfuerzo y tesón, es resignarse a caminar con los ojos vendados, generando la llamada ignorancia supina o la imprudencia tolerada, lo que raya con el dolo omisivo y eventual.

7) El sesgo de ceguera por falta de atención, el de suposición de intencionalidad, el tribal o de grupo[520], sesgo de la ilusión de control[521]. Pensamos que este es el llamado por otros "sesgo de observación selectiva", según el cual "el adagio reza: cada quien ve cómo puede ver. En términos de la investigación científica equivale a elegir mientras se rechaza. El pensamiento suele posarse firmemente sobre "la cosa", sobre "el objeto", desestimándose cualquier otro fenómeno observable. A partir de ahí todo es posible.

---

[514] Beltrán Román, Visión de túnel, pp. 29 y 30.

[515] Cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob.cit, pp. 33, 43, 47, 51, 69, 70, 125 y 126.

[516] Nuria Cortada De Kohan. Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones en International Journal of Psychological Research Vol. 1, N.0 1, 2008, pp. 71 y 72 en https://www.redalyc.org/pdf/2990/299023503010.pdf, consultado octubre 21 de 2023.

[517] Forman, Sesgos Cognitivos, ob. cit. p. 6.

[518] Cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit, pp. 33, 43, 47, 51, 69, 70, 125 y 126.

[519] Cfr. Páez, Los sesgos cognitivos y la legitimidad de las decisiones judiciales, ob.cit, p. 205.

[520] "Cuando sentimos animadversión hacia una determinada persona, cualquier cosa que se diga o haga será utilizada en su contra y servirá de ejemplo para confirmar y mantener nuestros sentimientos más hostiles hacia ella. Algunas áreas de la corteza cerebral se desactivan con emociones como el odio el amor, por lo que el análisis de la información no se produce correctamente en estas circunstancias. Es fácil que en estos casos nos volvamos muy poco objetivos": Arsuaga y Martín-Loeches, El sello indeleble, ob. cit, pp. 283.

[521] Cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit, pp. 33, 43, 47, 51, 69, 70, 125 y 126.

Las interpretaciones derivadas de este sesgo selectivo no permiten apreciar evidencias que podrían estar presentes frente a quien investiga, lo que deriva en la denominada "ceguera de taller". Los equipos investigadores no se abren a nuevos abordajes conceptuales y metodológicos acotándose a sí mismos. En términos coloquiales: "cuando eres un martillo, todo el mundo te parece un clavo"[522]; muy seguramente este sesgo está vinculado con los mecanismos de aprendizaje de que están dotados por la evolución los organismos en aras de la supervivencia y, por supuesto, a la predicción de eventos, apareciendo en primer lugar uno de naturaleza muy primaria, que compartimos con los demás seres vivos, como es la "asociación", fundada en la experiencia de poner en contacto sucesos diferentes, pero relacionados entre sí por vínculos de causa-efecto, o más bien de "correlación", lo que mejora significativamente en materia de aciertos en el ser humano, a partir de la llamada teoría del aprendizaje "estadístico o prepositivo", a partir de una especie de intuición estadística de que estamos dotados, la cual parte de la anterior relación de correlación, pero el conocimiento se actualiza "en función de la relación matemática objetiva (contingencia) experimentada en los eventos y del nivel de confianza que nos produce esa experiencia"[523], lo cual muy bien explica hoy la razón por la cual lo científico se cataloga en términos de probabilidades y no de certezas.

8) "Efecto halo. Tiene lugar cuando un rasgo positivo de una persona llama poderosamente la atención, al hacer pensar que dicho atributo define la totalidad del personaje –generalización-. Por ejemplo, se tiende a pensar que un investigador destacado científicamente posee la facultad de tener la razón siempre, al grado de no poder contradecírsele conceptual o teóricamente. El disenso con él no está permitido. En ocasiones se llega al extremo de pensar que su criterio es la unidad de medida perfecta para la cuantificación y cualificación de los fenómenos objeto de estudio. "Nadie se atreve a decirle al rey que viaja desnudo". En otro sentido, puede verse este efecto en la forma en que noveles de la ciencia suelen fundamentar sus publicaciones –*papers*- con base en las referencias bibliográficas de estos personajes, lo que por sí mismo les confiere valor a sus disertaciones. De aquí se desprende otro sesgo obsnervable: el sesgo de autoridad"[524].

9) "Anclaje. Es la tendencia a considerar en demasía una referencia o información anterior. Es notoria la influencia que ciertas ideas o conceptos ejercen... De manera recurrente se busca coincidir con la matriz ideológica conceptual que más poder explicativo tiene, a fin de dotar de validez los nuevos saberes, ello anula la aparición de renovados códigos de entendimiento"[525].

[522] Villarruel-Fuentes, El quehacer del científico, ob.cit, p. 63.
[523] Cfr. Rosas Santos, Psicología del aprendizaje, ob.cit, pp. 21 y ss.
[524] Villarruel-Fuentes, El quehacer del científico, ob.cit, pp. 61 y 62.
[525] Villarruel-Fuentes, El quehacer del científico, ob.cit, p. 62.

Aquí "el efecto anclaje es un sesgo cognitivo que describe la tendencia humana a confiar demasiado en la primera información obtenida, a la cual la mente humana se mantiene «anclada», lo que influencia luego la toma de decisiones o conclusiones que se alcanza. En otras palabras, es la incapacidad de las personas de ajustar sus juicios o evaluaciones a partir de un valor o información inicial. El ancla puede consistir en una información, dato o número que actúa como punto de referencia o punto inicial. En cualquier caso, la mente no podrá alejarse de ese punto de referencia, influenciando los procesos mentales y las decisiones que se tomen, que serán ajustadas en torno al punto de referencia marcado por el ancla"[526], esto es, "el anclaje puede caracterizarse como un proceso donde se necesita emitir una estimación correcta, en un contexto de incertidumbre, pero que suele culminar de forma prematura porque el sujeto no accede a mayor información y otras veces porque no le resulta posible. De esta forma, la estimación suele sesgarse en dirección de la información que apareció en un primer momento (que otorgó el ancla) y a partir de allí también el resto de las decisiones que se llevan a cabo"[527].

10) El efecto coherencia "se produce sobre todo, aunque no exclusivamente, en el proceso de integración de evidencias. En particular, se consigue dividiendo de manera inconsciente las evidencias en dos o más grupos, cada uno correspondiente a una conclusión diferente. De esa manera, la evidencia que apoya la conclusión del caso —de culpabilidad o inocencia— se vuelve más fuerte, mientras que las evidencias que apoyan la conclusión contraria se ven debilitadas. En definitiva, la evidencia se vuelve coherente de acuerdo con la conclusión que emerge en el caso, predominando por sobre la conclusión desestimada. En consecuencia, las piezas de evidencia perderán su individualidad e independencia, pues cada una será vista y evaluada según cómo calza con la totalidad del caso. De esa manera, debido a esta interconectividad, cualquier evidencia puede tener un impacto sobre otras e incluso sobre la conclusión del caso. Así, por ejemplo, al incluir entre las evidencias del caso una que sea fuertemente incriminatoria, puede hacer parecer que las demás también lo sean, de igual manera que si se incorpora una prueba fuertemente exculpatoria, lo que llevaría a una conclusión de inocencia. Por último, el efecto coherencia en sí mismo es de carácter neutro, en el sentido de que no apunta a una conclusión particular, sino que precisamente dependerá de la conclusión alcanzada a raíz de los demás sesgos y factores externos para direccionarse hacia una conclusión determinada. Así, dependiendo de la conclusión alcanzada, esta se proyectará hacia atrás para acomodar y hacer coherentes todos los elementos con la conclusión alcanzada". En fin, "el efecto coherencia viene a ser una suerte de punto final al cúmulo de sesgos cognitivos antes expresados,16 pues al integrar las evidencias, estas se acaban ajustando según la creencia inicial, de manera que toda la información

[526] Beltrán Román, Visión de túnel, p. 28.

[527] Cfr. Bustamente Requena, Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba, ob.cit, pp. 13 y 14.

y evidencias sean coherentes y parezcan calzar perfectamente con ella"[528].

11) El sesgo de la intencionalidad inherente a toda conducta. Sobre el mismo nos hemos pronunciado en nuestro trabajo sobre el "Principio de Demostrabilidad", precisando que los sesgos cognitivos, no solo deben cumplir el papel de alertarnos sobre posibles y hasta probables falsos positivos y falsos negativos en orden a evitar los errores judiciales[529], sino que resulta a todas luces compatible con el principio de presunción de inocencia, pues contra esta conspiran la enraizada creencia humana innata muy cerca al instinto, de carácter universal, según la cual los hombres i) son propensos a ver relación de causalidad donde esta no existe o convertir en tal las meras correlaciones[530], esto es, el sesgo de causalidad nos impulsa a "forzar las relaciones de causa y efecto donde no existen"[531] y, a ii) mirar con casi veneración, "lo que sentimos hacia los patrones y las intencionalidades, suponiéndolas donde no las hay" o aceptándolas sin mayor fundamento como se encuentra demostrado con los estudios más avanzados de la neurociencia[532]-[533]-[534], razón por la cual hoy en Estados Unidos existe una preocupación por ello y se instruye a los componentes de la administración de justicia en la forma de controlar, detectar y evitar los sesgos cognitivos.

---

[528] Beltrán Román, Visión de túnel, pp. 31 y 32.

[529] He aquí la terrible confusión de que en el pensamiento general se presenta entre propensión que solo genera "correlación" y "probabilidad" que se enrumba hacia la causalidad, lo que tiene una aplicación evidente, puesto que como dice la ciencia cognitiva "cualquier pizca de evidencia que altere nuestra confianza en un resultado cambiará su probabilidad, así como la manera racional de actuar en consecuencia": Steven Pinker. Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla, Bogotá, Paidós Editorial Planeta, 2021, p. 44.

[530] "El problema no es que correlación no implique causalidad. Normalmente lo hace porque, a menos que la correlación sea ilusoria o una mera coincidencia, algo debe haber causado que una variable se alinee con la otra. El problema reside en que, cuando una cosa está relacionada con otra, eso no significa necesariamente que la primera causar la segunda", lo que genera la falacia o sesgo cognitivo de "el salto de la correlación a la causalidad", donde campea, de todos modos, la duda: Pinker, Racionalidad, ob. cit, pp. 308 y 335.

[531] Facundo Manes y Mateo Niro. Ser humanos. De dónde venimos. Quiénes somos. Hacia dónde vamos, Bogotá, Planeta, 2021, pp. 242 y 243.

[532] Diego Golombek. Las neuronas de Dios. Una neurociencia de la religión, la espiritualidad y la luz al final del túnel, Buenos Aires, siglo XXI Editores, 2015, pp. 29 a 37.

[533] Es lo que se llama la "física intuitiva" y la "psicología intuitiva", consistente en que "desde muy pequeños tendamos a esperar que los objetos materiales se comporten de ciertas maneras, y no de otras" y "la comprensión intuitiva de que algunos de los seres que nos rodean actúan en función de creencias, emociones y deseos, es decir, estados mentales": Jesús Zamora Bonilla. En busca del yo. Una filosofía del cerebro, España, Bonalletra Al compás, 2018, pp. 36 y 37.

[534] Sobre el sesgo de causalidad consultar Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit, pp. 122 y ss.

Los juicios evaluativos, especialmente los vinculados con la justicia penal, se revelan como problemáticos en las sociedades modernas regidas por el Estado de Derecho y los principios de racionalidad e igualdad. De manera que a los sesgos cognitivos se suman los llamados "ruidos como fallas en el juicio humano", lo que acrecienta el desconcierto y desconfianza en una justicia desigual, discriminatoria, ampliamente informada por los errores judiciales[535].

Ello afecta, sobremanera, no solo los aspectos atinentes de la imputación del hecho, sino lo referente a la culpabilidad y la responsabilidad personal subjetiva, que implican entender lo que es una "intención consciente"[536], no simplemente que, porque haya intención, se presuma lo consciente.

En efecto, si la intencionalidad se supone o se presume[537], de contrapartida también el conocimiento de la situación fáctica, donde se invierte similarmente el juicio como tiene ocurrencia con respecto a la causalidad; visto el resultado de allí, supuestamente o a partir de meras correlaciones, se deriva su causa y, por supuesto, la relación de causalidad. Es decir, así como del resultado se deriva la causa invirtiendo el proceso, de la intencionalidad supuesta producto del sesgo cognitivo señalado, se deriva el conocimiento invirtiendo también el juicio de manera amañada y muchas veces sin intención o mala fe del juzgador; quien no conoce los sesgos cognitivos está sujeto a ser presa inconsciente de los mismos, puesto que tienen su origen en el inconsciente o aquel sector de la toma de decisiones intuitivas o por atajos –Sistema 1 o *botton up-* que son automáticas, estereotipadas, en paralelo, sin mayor esfuerzo, rápidas e inmediatas, cuando lo requerido en la toma de decisiones –Sistema 2 o *top down-* conscientes, razonadas, seriales, controladas, que exigen

[535] Predilecciones, opiniones e inclinaciones afectan la igualdad ante la administración de justicia, ponen en tela de duda la confianza ciudadana en ella, quebrantan las expectativas, afectan su coherencia y desdibujan su racionalidad y razonabilidad: Kahneman, Sibony y Sunstein, Ruido, ob.cit, pp. 14 y ss, 66 y ss.

[536] "La intención consciente proporciona una experiencia predictiva de las acciones actuales y contribuye al sentido de controlar nuestras acciones y, a través de ellas, el mundo que nos rodea": Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero. Neurociencias y libre albedrío en Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019, pp. 511 y 512.

[537] "La tendencia universal del ser humana a atribuir intenciones , reacciones, pensamientos, e incluso consciencia a animales, a plantas y a multitud de fenómenos naturales -y a veces artificiales-, no sería por tanto otra cosa que el resultado de aplicar al mundo que nos rodea unos mecanismos surgidos inicialmente para la comprensión de las sociedades humanas", todo lo cual se corresponde con el funcionamiento de nuestro lóbulo cerebral izquierdo, llamado el intérprete por Gazzaniga, el cual "busca agentes, causas y consecuencias, responsables, y tiene una fuerte tendencia a funcionar teleológicamente, es decir, por encima de todo busca propósitos e intenciones": Arsuaga y Martín-Loeches, El sello indeleble, ob. cit, pp. 200 y 300.

mayor esfuerzo, flexibles y lentas como lo ha enseñado el Premio Nobel de Economía, el psicólogo israelí Daniel Kahneman[538]-[539].

Leonard Mlodinow, coautor con Stephen Hawking del *best seller* científico *Brevísima historia del tiempo*, escribió un pequeño pero monumental libro sobre el "azar" y su influencia en nuestros juicios, dando cuenta del anterior sesgo cognitivo muy común y corriente en que incurren los abogados, especialmente los fiscales investigadores, hasta el punto que los científicos se mofan de tal forma de proceder tan burda que en su jerga lo llaman el "sesgo del fiscal", que da origen a impensables y no pocos casos demostrados y acreditados como errores judiciales.

Se ocupó Mlodinow de investigar los temas más acuciantes en la búsqueda y el encuentro de la verdad, especialmente tratando los temas de lo posible y de lo probable –reconociendo que no existen verdades absolutas u ontológicas-, dando cuenta como los estudios más serios en los Estados Unidos colocan a los abogados como aquellos en quienes las deficiencias en su tratamiento se acentúan, llevando a que en la práctica se cometan graves errores en los juicios legales[540].

Por ejemplo, "se identifica la probabilidad de que una serie de sucesos suceda si esto fuera el producto de una enorme conspiración con la probabilidad que una enorme conspiración exista si una serie de sucesos ocurren", pues aquí se pone por delante del razonamiento a la conclusión[541].

Se invierte el juicio lógico –"error de inversión"-, conocido como la "falacia del fiscal", serio error de conocimiento[542]. Lo cual da también origen a los llamados "sesgos cognitivos", entre los que se encuentra el "sesgo de confirmación", el cual se caracteriza por cuanto "en lugar de demostrar que nuestras ideas son erróneas, normalmente intentamos probar que son correctas". Como decía Francisco Bacon: "una vez que ha adoptado una opinión acerca de algo, la mente del ser humano, recoge cualquier cosa que la confirme, y rechaza o ignora la demostración de casos contrarios, ya sean más numerosos y de más peso, con tal de que su parecer permanezca inalterado", en fin, "deberíamos aprender a dedicar el mismo tiempo buscando pruebas de que estamos equivocados que buscando razones de que tenemos razón"[543].

Un gran consejo del reputado científico Mlodinow: "Nuestra valoración del mun-

[538] Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Neurociencia de la toma de decisiones y la organización del sistema procesal penal en Derecho Penal y Neurociencia, Eric García-López (Coordinador), México, INACIPE, 2020.

[539] Para el efecto Gutiérrez De Piñeres Botero, Neurociencias y libre albedrío, ob. cit, pp. 500 y ss.

[540] Leonard Mlodinow. El andar del borracho. Cómo el azar gobierna nuestras vidas, Barcelona, Crítica, 2008, pp. 35 y 121.

[541] Mlodinow, ob. cit, p. 122.

[542] Mlodinow, ob. cit, pp. 134 y 135.

[543] Mlodinow, ob. cit, pp. 192, 208, 209 y 210.

do sería bastante diferente si todos nuestros juicios se pudieran aislar de las expectativas, y basarse solamente en datos relevantes"[544]. La razón humana, de la cual nace nuestro muy especial y particular "nicho cognitivo", nos permite "aventajar a la naturaleza con el lenguaje, la sociabilidad y el conocimiento", incluida nuestra propia naturaleza y los sesgos e ilusiones cognitivas arraigadas en nuestros cerebros, con el fin de superarlas a través del razonamiento certero con la utilización de herramientas que "incluyen la lógica, el pensamiento crítico, la probabilidad, la correlación y la causalidad", con el fin de sacar avante al realismo y a la razón[545];

12) y un largo etcétera[546]-[547].

Según lo visto, los sesgos cognitivos se encuentran arraigados en lo más profundo del sistema nervioso del ser humano, son en esencia, aspectos ligados con la evolución del cerebro humano que se encuentran inscritos en él, en cierta forma metafóricamente hablando, con fuego. Los sesgos cognitivos al parecer se enraízan en aspectos filogenéticos y ontogenéticos del conocimiento y del aprendizaje necesarios para el éxito del ser humano como especie.

Se ha afirmado por los expertos en el tema, que tales comportamientos, también llamados acciones por defecto, se corresponden con un 99 por ciento del total de las que llevamos a cabo en nuestra vida, toda vez que, solo un 1 por ciento se atribuye al control consciente, misma que "son las más más importantes, en primer lugar, porque se toman en situaciones novedosas y generalmente de relevancia y, en segundo lugar, si se repiten se convertirán en hábitos"[548].

De todos modos, tal forma de operar el cerebro no implica dejar a la suerte o al azar o al albur el desarrollo de la causalidad ciega en la toma de decisiones, por supuesto ello funciona así, en cuanto no aparezcan señales que reclamen tomar el control por parte del sistema 2 -razonado, consciente- y relevar o poner al margen al sistema 1 -automático, inconsciente-[549].

Por todo ello, en consecuencia, sabiamente se ha dicho que quien esté libre de sesgo que tire la primera piedra, haciendo rememoración a la famosísima frase de Jesús, cuando el pueblo judío se aprestaba a apedrear a una mujer infiel[550].

---

[544] Mlodinow, ob. cit, p. 234.

[545] Pinker, Racionalidad, ob. cit, pp. 14, 15 y 28.

[546] Muy ampliamente en Kahneman, Pensar rápido, pensar despacio, ob. cit.

[547] Cfr. Lieberman y Long, Dopamina, ob. cit, pp. 115 y ss.

[548] Moreno Bote, ¿Cómo tomamos decisiones?, ob. cit, p. 35.

[549] Ampliamente, de manera muy didáctica, cfr. Matute, Nuestra mente nos engaña, ob. cit, pp. 59 y ss.

[550] Germán Palafox Palafox. ¿Quién esté libre de sesgos que tire la primera piedra?: los sesgos cognitivos desde la mirada de la psicología experimental en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. https//biblio.juridicas.unam.mex/bjv, consultado octubre 19 de 2023.

Capítulo 3
Terapia jurídica antisesgos cognitivos

Si los sesgos cognitivos deslegitiman "la toma de decisiones en general" y son una "especie de parcialidad involuntaria"[551], es preciso utilizar el arsenal de normas jurídicas existentes para afinar la toma de decisiones y minimizar las equivocaciones en que nos pueden hacer incurrir, como deberes ineludibles de los abogados y especialmente de aquellos que ejercen funciones públicas.

De conformidad con sabias enseñanzas y deberes, prospectivas y futuristas del Decreto 196 de 1971, obra del rector magnífico y magnánimo de la Universidad Externado de Colombia, maestro Fernando Hinestroza Forero, todavía vigentes en sus artículos 1 y 2, la profesión de la abogacía cumple una función social que se bifurca fundamentalmente en dos deberes profesionales de quienes ejercen particularmente y oficial-públicamente la profesión: i) defender en justicia los derechos de las personas; ii) mantener y perfeccionar el orden jurídico. Para los funcionarios judiciales, en sentido formal-orgánico y en sentido material, de manera clara operan, además, los artículos 42, 43, 44 y 46 del Código General del Proceso; 114, 115, 122 a 125 y 142 a 146 de la Ley 600 de 2000 y 5, 109 a 112, 113 a 117, 118 a 125 y 130 de la Ley 904 de 2004. Normas que, además, resultan aplicables a los procesos disciplinarios por virtud de lo dispuesto en los artículos 21 de la Ley 734 de 2002, 16 de la Ley 1123 de 2007, 22 de la Ley 1952 de 2019 y 1 del Código General del Proceso.

Lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971 de antaño fue una anticipación de su constitucionalización a partir de la Carta Política de 1991; la función social de la abogacía se ha erigido en norma magna en su artículo 26 y el numeral 7 del 95, contempla como deber constitucional el "colaborar con el buen funcionamiento de la Administración de Justicia". Se complementa lo anterior con lo dispuesto en el numeral 4. º, ibidem, al disponer que todo ciudadano tiene el deber constitucional de "defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica".

La verdad y la justicia material o social son los soportes de una sociedad moderna y pacífica, donde se genere y desarrolle en escalada la tolerancia, el altruismo y la solidaridad, valores constitucionales enarbolados como fundantes del orden jurídico según el preámbulo y los artículos 1 y 2 de nuestra Carta Constitucional.

El poder político tiene que ser controlado, todos, sin excepción, tenemos ese derecho de naturaleza constitucional-convencional según el artículo 40 y, muy especialmente

[551] Cfr. Páez, Los sesgos cognitivos y la legitimidad de las decisiones judiciales, ob. cit, pp. 202 y 203.

de su numeral 6º, de la constitucional, que se constituye en una norma de normas por lo dispuesto en su artículo 4. Se trata de un derecho de aplicación inmediata, que no requiere desarrollo legal de conformidad con su artículo 85, que junto con los deberes de los numerales 4º -"defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica"- y 5º del artículo 95 –"participar en la vida política, cívica y comunitaria del país"-, sumado el del numeral 6 –"propender al logro y mantenimiento de la paz"-, conforman la triada que se suma al deber que permite superar al individualismo y dar cabida a la tolerancia, altruismo y solidaridad social, como es el del numeral 1º ibidem, según el cual "toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes" y "son deberes de la persona y del ciudadano": "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

Solo así, cumpliendo con todo ello, cada uno de los residentes en Colombia, pero especialmente quienes ostentamos la profesión de abogados, dados nuestros deberes constitucionales y profesionales derivados de la función social de la abogacía, damos cuenta de las exigencias perentorias del artículo 95, según el cual "la calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades", para el logro de un orden jurídico justo socialmente que facilite la convivencia pacífica de todos con efectividad de la aplicación de los principios, valores y derechos constitucionales-convencionales conforme con el Preámbulo y sus artículos 1 y 2.

Si esos deberes son calificados para los particulares, con más veras para los servidores públicos, especialmente para los jueces en sentido formal-orgánico y material -operadores jurídicos disciplinarios-[552], pues tienen compromisos jurídicos constitucionales y procesales muy claros, constitutivos de un plus especial, según los artículos 6, 121, 122, 123 y 124 para el estatus genérico de servidores públicos al servicio de la comunidad y el Estado en forma exclusiva, lo cual traicionan cuando por omisión producto de la ignorancia supina o imprudencia deliberada, que más cuando dolosamente, no cumplen cabalmente con sus funciones constitucionales y legales de poner a raya los sesgos cognitivos que desvirtúan la búsqueda de la verdad y la justicia material y social. Especialmente ello es demandable por el artículo 1, toda vez que el fundamento del orden jurídico es la dignidad de la persona, la solidaridad social y el interés general como bases básico-estructurales de la justicia, concretadas en su artículo 2 que, como "Principios fundamentales del Estado" y componente cardinal-vertebral de la "parte dogmática o filosófica" de la Carta Magna, señala a manera de imperativo categórico:

> *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administra-*

[552] Para el efecto Martínez Selva, Cómo decidimos, ob. cit, pp. 34 y ss.

tiva y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Pero, como si fuera poco para los servidores públicos en general, para los administradores de justica se dispone, paladinamente en el artículo 228 constitucional que:

La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Función pública que, pone a los jueces en sentido formal-orgánico y material constitucionalmente hablando -Corte Constitucional, Sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011-, implica que a los jueces se les demanda también los principios, valores y deberes constitucionales dispuestos en los artículos 88 y 209 de la Carta Política.

El derecho constitucional al debido proceso y, de manera específica a su componente fundamental al derecho constitucional-convencional de un juez natural y competente, debe entenderse en sentido formal, pero especialmente material; lo natural da cuenta de que quien sea juez, lo sea en realidad autónomo e independiente de los demás órganos del Estado y de las jerarquías judiciales, así como también de los grupos sociales de presión e incluso de su propia ideología, caprichos, veleidades, preferencias, apetencias y gustos, esto es, libre de todo sesgo cognitivo, no un autómata de la naturaleza sometido a las leyes físico y químicas de la evolución cuando tiene el poder suficiente como persona digna de superarlas, salvo que adquiera un estatus anclado en la ignorancia supina y la imprudencia deliberada, se reitera, que lo haga incompetente en inidoneidad sustancial para solventarlas de conformidad con el artículo 228 y 229 constitucionales para poner por encima el derecho sustancial del formal-adjetivo en forma eficaz y eficiente para garantizar el acceso a la justicia, muy especialmente como lo exigen los artículos 1, 2, 3, 5, 7 y 9 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; 1, 2, 4, 6, 7, 11, 12, 13 y 14, 42, 43, 44 y 46 del Código General del Proceso; 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 23 y 24 de la Ley 600 de 2000; 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 15, 16, 19, 22, 23, 25, 26, 27 y 115 de la Ley 906 de 2004; 4, 6, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Ley 734 de 2002; 1, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 48, 49, 52, 53, 54 y 58 de la Ley 1107 de 2007 y 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21 y 22 de la Ley 1952 de 2019, todos, sin excepción, íntimamente relacionados con el deber de evitabilidad en la incursión de posibilidades de incurrir en los efectos nefastos y perjudiciales de los

sesgos cognitivos.

Incurrir en sesgos cognitivos en perjuicio de la verdad y la justicia material-social comporta una violación al debido proceso, desconoce al juez natural competentemente idóneo para mantenerse imparcial, autónomo e independiente conforme con los valores, principios y derechos constitucionales objetivos pertenecientes e identitarios del sistema, que se demanda extra orgánica e intra orgánicamente, pero también en el propio espectro individual y autónomo del juez formal-orgánico y material, si se busca y quiere ser un agente que habla en nombre de la primacía constitucional por encima incluso de sus propios intereses y apetencias, solo movido por el servicio a la comunidad y al Estado (artículos 4, 123, 228, 229 y 230).

Tal reclamación está autorizada por vía ordinaria y excepcional, en este caso vía tutela (artículo 86 de la Carta Política) y el mecanismo internacional previsto en los artículos 2 numeral 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en igualdad de condiciones ante los demás, sin discriminaciones negativas odiosas y peyorativas, según los artículos 3 y 24, respectivamente, de los ordenamientos jurídicos internacionales mencionados.

De allí que, los conceptos de juez natural y competente se encuentran ligados inexorable e indefectiblemente con el derecho humano o fundamental al debido proceso, especialmente libre de sesgos cognitivos; por tanto, se edifican sobre criterios de sustancialidad y justicia material propios de un orden social y jurídico justo que emanan del preámbulo y los artículos 2, 29 inciso 2º y 228 de la Carta Política.

Las atribuciones legales, cualquiera que ellas sean, dependen de la ley y no de la voluntad de los servidores públicos, de conformidad con la Sentencia C-337 de 1993 proferida por la Corte Constitucional, que descarta la posibilidad de consagrar competencias implícitas.

Sobre las competencias o atribuciones legales en concreto de un servidor público, la Corte Constitucional ha señalado que el concepto de juez natural competente puede ser entendido en un sentido estricto y en un sentido amplio, y el quebrantamiento de las reglas que los gobiernan genera necesariamente vicios procesales que urgen ser remediados, como se puede apreciar paladinamente en la sentencia C-537 de 2016:

> *1. El derecho al juez natural*
>
> ...
>
> *16. En el Estado Social de Derecho no solo importa el qué, sino también el cómo. Igualmente, no basta con la vigencia formal de los derechos, sino su efectividad es un deber y un fin esencial del Estado (artículo 2 de la Constitución Política). El debido proceso se constituye así en una garantía particularmente relevante para la adopción de decisiones administrativas y jurisdiccionales .... Esto quiere decir que la finalidad perseguida con la garantía de que el asunto sea sometido ante un juez competente es la de evitar la arbitrariedad del Estado a través de la*

acción de jueces que no ofrezcan garantías y materializar el principio de igualdad, a través del deber de juzgar ante los mismos jueces, sin privilegios, ni animadversiones frente al justiciable. Así "dicho principio opera como un instrumento necesario de la rectitud en la administración de justicia". Se trata, en este sentido, de un mecanismo del estado de Derecho que, no obstante, su importancia, no garantiza por sí solo el respeto del debido proceso.

17. En cuanto al contenido mismo del derecho al juez natural, este pareciera permitir dos interpretaciones. Una primera, según la cual, la garantía consiste en que el asunto sea juzgado por el juez competente, es decir, que la decisión de fondo sobre el asunto planteado sea adoptada por quien recibió esta atribución del legislador. En esta interpretación, el derecho garantizado es que el juez competente profiera la sentencia "esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan". Esta interpretación, adoptada en ocasiones por esta Corte, pareciera resultar del tenor literal del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (negrillas no originales): inciso 2 del artículo 29 de la Constitución.

18. Una segunda interpretación consiste en que el derecho al juez natural implica que sea el juez competente no solo quien decide el asunto, sino quien instruye el proceso. En este sentido, "El derecho al juez natural, es la garantía de ser juzgado por el juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva" (negrillas no originales). Esta segunda interpretación resulta concordante con el tenor literal de los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, que el demandante considera vulnerados en el caso bajo examen. Así, el numeral 1 del artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída pública-mente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)" (negrillas no originales) y, de manera coincidente, el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acu-

sación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (negrillas no originales).

19. En la interpretación de esta norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado ... que la garantía "no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación"53 ... especialmente relevante para que existan garantías de debido proceso.

Se destaca en la Sentencia C-537 de 2016, como principios del debido proceso internacional de los derechos humanos y constitucional de los derechos fundamentales que:

1) El debido proceso se constituye en una garantía particularmente relevante para la adopción de decisiones administrativas y jurisdiccionales, según los artículos 29 y 228 constitucionales;

2) El juez natural, en la investigación como juez en sentido amplio, es una garantía vinculada con el derecho de acceso a la justicia efectiva de que dan cuenta los artículos 229 de la Carta Política, así como el 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 9 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia;

3) Se trata de una garantía orgánica e institucional que busca excluir, en condiciones ordinarias, la existencia de jueces o funcionarios judiciales parcializados o interesados en las resultas del proceso, en tanto pretende evitar la arbitrariedad del Estado y materializar el principio de igualdad, por lo que se constituye en un instrumento necesario de la rectitud en la Administración de Justicia.

4) En consecuencia, de manera indubitable, el debido proceso debe ser observado por la Fiscalía General de la Nación en su manifestación de juez imparcial, toda vez que hace parte de la Rama Judicial y se rige por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, según se desprende de la Carta Política y de los artículos 12, 23 y 26 de la primera, o en sentido amplio, como se desprende de los tratados internacionales sobre derechos humanos;

5) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que ser juzgado por juez parcializado, en cualquiera de los sentidos -estricto o amplio- mencionados, implica que no se dieron los presupuestos para el debido proceso, en otras palabras, que se está ante un procedimiento viciado desde su origen, lo cual implica que no se tuvo acceso a las garantías judiciales.

6) Concepto en el que se incluye, por supuesto, la facultad para instruir y decidir un asunto como competencia normativa atribuida por la Constitución y la ley a un servidor público.

7) De allí la existencia de la prohibición de un funcionario parcializado no quede al arbitrio del mismo.

8) La garantía de juez natural en sentido estricto o amplio no puede desligarse de la del derecho a que se cumplan las formas propias de cada juicio, es decir, los términos, trámites, requisitos, etapas o formalidades establecidas por el legislador.

9) Se trata de otra expresión del principio de juridicidad propio de un Estado de Derecho en el que los órganos del poder público deben estar sometidos al ordenamiento jurídico, no solo en la función (competencia), sino en el trámite (procedimiento) para el ejercicio de dicha función y las garantías de autonomía e independencia externa e interna, institucional y personal de quienes representan la ley. Todos estos elementos hacen, determinados el uno por los otros, que se desarrolle un debido proceso.

10) Es justamente en la determinación de las consecuencias procesales del trámite de la actuación procesal, por parte de un juez imparcial competente, en donde se pone en evidencia el carácter inescindible del juez natural, el debido proceso sustancial y las formas propias de cada juicio.

Así entonces, resulta indiscutible, que el inciso 1º del artículo 29 de la Carta Política señala de manera clara y perentoria que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", independiente de la posición formal que ocupe el ente oficial en la división de los poderes públicos. De allí que, a la Fiscalía General de la Nación, como quiera que hace parte de la rama Judicial, en tanto se ubica en el Capítulo 6 del Título VIII, "De la Rama Judicial", se le aplican los principios consignados en los artículos 228, 229 y 230 ibidem, así como los contenidos en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, empero, como profiere actos administrativos y decisiones judiciales, unos y otros tienen que someterse al debido proceso, por mandato expreso del artículo 29 de la Carta Política, debido proceso que implica transparencia, objetividad, legalidad, imparcialidad y respeto por las reglas del ejercicio del poder público, como en múltiples ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia constitucional.

Los conceptos de garantías procesales, entre ellos el del debido proceso, dan cuenta de derechos y libertades constitucionales fundamentales, según la Asamblea Nacional Constituyente. Derechos que se caracterizan por tener naturaleza funcional, esto es, son diseñados con propósito protector de orden técnico, a lo cual apuntan los mecanismos procesales instrumentales para ello, en tanto emanaciones del concepto de dignidad de la persona como fundamento de todos los derechos, por lo cual implican el nacimiento de obligaciones de hacer por parte del Estado, puesto que la Constitución no solo es guía, sino principalmente tiene carácter vinculante. lo que comporta reconocer que tiene "dientes", toda vez que "un derecho sin un instrumento, para que ese derecho sea exigible realmente es una mera ilusión... es una farsa". son principios rectores o normas rectoras que no pueden ser desconocidos. Fue contundente el constituyente en reconocer que "el principio madre de todo el procedimiento" es el debido proceso, aplicable a "todos los procedimientos, administrativos o judiciales", de lo cual "no quede la menor duda", de tal manera que "se ha garantizado siempre ese derecho a que los procesos tengan unos trámites que se cumplan", puesto que lo contrario sería como "consagrar la arbitra-

riedad permanente en un proceso penal"[553].

El debido proceso es un concepto superior al de fórmulas propias del juicio, como lo reconoció paladinamente la Asamblea Nacional Constituyente, habida cuenta de que la segunda es restringida, daría cuenta de los procedimientos ante el juez quien es el que tramita el juicio. Pero el debido proceso como aspecto objetivo es una "garantía del orden de la justicia, de la seguridad", su aspecto sustantivo en cuanto garantías, que protegen al ciudadano sometido al proceso penal. El concepto de debido proceso es más amplio que el de fórmula de juicio, es "rico y diciente", puesto que "proceso puede ser todo, pero juicio es juicio, pero juicio necesita el juez, el proceso no", de manera que la garantía cubre lo que se ha entendido como sumario y juicio, toda vez que "el proceso es el que está garantizado totalmente" y abarca, con sentido propio, "toda la juridicidad colombiana" en "toda clase de litigio y trámites administrativos", "el debido proceso es para toda clase de actuaciones" dado su carácter de formas "sustanciales", tal como debe ser en "una carta política democrática y liberal, ciento por ciento liberal en el más noble sentido del vocablo"[554].

Concordante con ello, la Corte Constitucional tiene dicho que la noción de "debido proceso, como derecho fundamental, no se agota en el principio de legalidad", toda vez que se identifica con el respeto de las garantías y por supuesto con la noción de "procedimiento justo" o con los "elementos que definen el carácter justo del mismo"[555].

El debido proceso material implica "el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas", pero también debe resaltarse que "la consagración de los recursos y procedimientos no puede ser solamente formal, sino que deben cumplir su finalidad, esto es, deben resultar eficaces"[556].

Por tanto, si el debido proceso ha sido entendido como "una limitación al poder punitivo del estado" y como tal comprende "el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos"[557], queda puesto de presente que no puede confundirse su concepto con el de "ritualidad procesal", habida cuenta de que va más allá de la legalidad. tales razones materiales, trascendentes al ritualismo procesal, han permitido afirmar con solidez que "las formas procesales no se justifican en sí mismas sino en razón del cometido sustancial al que propende la administración de justicia... todos estos elementos integran la plenitud de las formas propias de cada juicio, no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el Derecho

[553] Asamblea Nacional Constituyente, Comisión Primera, sesión de abril 15 de 1991.
[554] Asamblea Nacional Constituyente, Comisión Primera, sesión de abril 15 de 1991.
[555] Corte Constitucional, sentencia T-116 de 2004.
[556] Ídem, sentencia C-985 de 2005. También las sentencias C-564 y C-662 de 2004
[557] Ídem, sentencias T-039 de 1996 y C-948 de 2002.

material se realice objetivamente"[558].

El debido proceso como concepto sustancial o material de superior orden jerárquico internacional y nacionalmente debe ser respetado por el legislador y sino no lo hace, así debe garantizarlo el juez ordinario; de todos modos, en su defecto, el juez constitucional por virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, asunto que ya, de vieja data, es de exigencia en la jurisprudencia colombiana.

La Constitución Política de 1886 solo hablaba de "formas propias del juicio" y no de "debido proceso" (artículo 26) como hoy se distingue en los incisos 1º y 2º del artículo 29 de la Carta Política. Sin embargo, su carácter sustancial se adopta materialmente como "debido proceso", tal como florecería en 1956 en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando si bien se admitió que las nulidades deben estar reguladas en la ley de manera "taxativa no enumerativas; su interpretación y aplicación es restringida y no analógica, es decir que impide extenderse a casos semejantes cuando ellas no han sido preestablecidas en la ley", se aceptó, aunque excepcionalmente, la existencia de nulidades constitucionales cuando se produce una afrenta a la normativa constitucional, toda vez que las mismas "sin estar consagradas expresamente en la ley, por violar las bases esenciales del procedimiento o por implicar un cercenamiento de garantías a los derechos de la persona humana, configuran la llamada nulidad supralegal" (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial Tomo LXXXIII, páginas 309 y 310, de 1956).

En 1961, reiterando sentencia citada más arriba, precisa que la nulidad constitucional debe tener "sustancialidad", esto es, que sea "atinente al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la emisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en el intervienen", muy a pesar que sobre ello "nada se hubiere legislado sobre lo que constituya la informalidad procesal", por encima incluso de la reclamada taxatividad (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial Tomo LXXXIII, página 310, casación de agosto de 1961).

Ya la jurisprudencia penal, desde tal fecha, señalaba que el desconocimiento del debido proceso, así lo fuere por olvido o negativa del legislador de precisarlo o por omisión o defecto de la actividad judicial de declararlo, genera nulidad y ella tiene que reconocerse de oficio, pues la Carta Política de 1886 –artículo *217*- está por encima de todo, lo cual hoy es más que obvio cuando el artículo 4 de la de 1991 dice que ellas es la "norma de normas".

Hoy, sin duda alguna, muy a pesar de que los funcionarios judiciales se muestran tozudos en aceptar tal realidad, rindiendo culto a la letra de la ley, la teoría constitucional desarrollada por la Corte Constitucional sobre el "exceso ritual manifiesto" que combate tal postura formalista contraria a la justicia material como valor superior del orden jurídico constitucional, abre los caminos al reconocimiento vía tutela del debido proceso sustancial (Preámbulo, artículos 2, 4,

[558] Ídem, sentencia T-323 de 1999.

29, 228, 229 y 230 de la Carta Política de 1991), cuyo reconocimiento ya se aplica al procedimiento civil[559].

No hay duda que ello tiene que ser así, los principios rectores son la esencia y orientación del sistema penal y procesal penal, prevalecen sobre cualquier otra norma que tenga el carácter de regla y la condicionan en su interpretación, como se puede observar a partir de los artículos 13 de la Ley 599 de 2000, 24 de la Ley 600 de 2000 y 26 de la Ley 906 de 2004. También así, los artículos 21 de la Ley 734 de 2002, 16 de la Ley 1123 de 2007 y 22 de la Ley 1952 de 2019.

No en vano, pues, el artículo 27 sobre los "principios moduladores de la actividad procesal" del código instrumental ordena, perentoriamente, que todo funcionario judicial, incluido el Fiscal General y sus delegados, deben evaluar la legalidad dentro de parámetros de ponderación, proporcionalidad, necesidad y corrección, para evitar excesos contrarios a la justicia, que no es otra que la referida al valor superior constitucional de la justicia material.

Poniendo en contacto el valor superior constitucional de la justicia material, con los principios y particularmente con el contenido en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, se tiene que debe acudirse a interpretaciones sustanciales de la garantía del funcionario judicial imparcial, sino se quiere que las garantías procesales se queden simplemente escritas en la formalidad, por lo que debe atenderse la jurisprudencia constitucional en torno al punto.

Toda interpretación, incluso la de más valía como es la sistemática, debe orientarse y conducirse de conformidad con los principios: "Los principios juegan un papel esencial en la interpretación jurídica, en especial cuando se presentan casos difíciles, producto del conflicto de varias normas"[560].

Se debe señalar que el artículo 4 de la Constitución Nacional consagra que siempre se deberá preferir la vigencia sustantiva de la Carta en los casos en donde se presente una contradicción con el contenido de una norma jurídica de menor jerarquía[561]. La jurisprudencia constitucional ha expresado que diferentes corrientes de la teoría del derecho han considerado que dicha compatibilidad no solo se presenta sobre las previsiones constitucionales, entendidas como reglas, sino que a su vez de principios, valores y postulados de moralidad política que le otorgan sentido a la Constitución[562].

De igual manera, los principios de supremacía constitucional, de interpretación de la ley conforme a la Constitución y conservación del derecho, junto con otros, tienen

[559] Así Jaime Chavarro Mahecha. Nulidades, su taxatividad y saneamiento: la libertad de configuración legislativa en materia procesal en Lecciones constitucionales del Código General del Proceso Tomo I, Ramiro Bejarano Guzmán, Diego Fernando Rojas y Mónica Alejandra León Gil (Editor y coordinadores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 152 y ss.

[560] Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[561] Corte Constitucional. Sentencia C-056 de 2016, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[562] Corte Constitucional. Sentencia C-056 de 2016, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

una función esencial en el sistema de fuentes, puesto que le otorgan unidad de sentido a las diversas normas jurídicas las cuales constituyen instrumentos para garantizar de manera concreta los principios que fundamentan el Estado Constitucional[563].

Estos principios son el fin de la interpretación jurídica subyacente y de la aplicación del derecho, por lo que las normas jurídicas deben actuar de manera coordinada y unívoca para conservar la vigencia de los mismos[564]; por lo tanto, se pretende que "la interpretación de las normas responda a una suerte de coherencia interna del orden jurídico en su conjunto, vinculado a la realización de los principios centrales del Estado Social y Democrático de Derecho"[565].

De igual manera, la Corte Constitucional ha señalado que a los principios generales del derecho se le pueden atribuir diversas funciones como las siguientes: i) cumplir una función crítica de los ordenamientos, situación en donde se presentan como la imagen del derecho ideal al que deben orientarse todos los ordenamientos históricos[566]; ii) como verdaderas normas jurídicas, teniendo una función integradora, la cual se activa si no hay ley y en donde se constituyen como fuentes verdaderas con una naturaleza subsidiaria[567].

Según esta perspectiva, los principios generales del derecho resultan del proceso inductivo que parte de las reglas específicas previstas en el ordenamiento y llega a identificar enunciados generales que las agrupan[568]; y iii) una función interpretativa como aquellos que precisan el alcance de las fuentes del derecho, circunstancias en donde los principios aclaran dudas, superan ambigüedades y vaguedades de los enunciados jurídicos[569].

El ideal de justicia material es "consustancial al Estado Social de Derecho que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales"[570]. El principio de justicia material ha sido calificado como "un valor superior del orden constitucional"[571] y, por tanto, es deber del juez "hacer efectivo el principio de justicia material"[572], lo que impone la idea según la cual "el juez del Estado Social de Derecho debe optar necesariamente por satisfacer las exigencias concretas de la justicia material"[573].

---

[563] Corte Constitucional. Sentencia C-056 de 2016, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
[564] Corte Constitucional. Sentencia C-056 de 2016, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
[565] Corte Constitucional. Sentencia C-056 de 2016, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
[566] Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015, M. P.: Mauricio González Cuervo.
[567] Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015, M. P.: Mauricio González Cuervo.
[568] Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015, M. P.: Mauricio González Cuervo.
[569] Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015, M. P.: Mauricio González Cuervo.
[570] Corte Constitucional. Sentencia T-53 de 1994, M. P.: Antonio Barrera Carbonell. Reiterada por la Sentencia T-084 de 1998.
[571] Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.
[572] Corte Constitucional. Sentencia C-199 de 2002, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
[573] Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de justicia material está ligado con el principio de vigencia de un orden justo y, por lo tanto, con la obligación del Estado de promover ese orden[574].

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha mencionado que el principio de justicia material no permite que se aplique de manera mecánica y formal la ley en la definición de una situación jurídica específica, sino que requiere tener en cuenta y preocuparse por las consecuencias de la decisión y por el o los destinatarios, ya que a través de ella se deben concretar los principios, valores y derechos constitucionales[575].

Y así tiene que ser; lo ordenan los artículos 4 y 230 constitucionales, al señalar que "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley", según interpretación de las sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011.

Para el efecto, muy especialmente, como la Constitución es norma de normas de acuerdo con su artículo 4, debe ponerse en práctica lo demandado por los artículos 70 y 71 constitucionales, donde se afirma tajantemente que la ciencia hace parte de la formación, la enseñanza y la cultura como aspecto fundamental y estructural, de manera que ninguna autoridad puede desconocer su importancia y significación definitoria para las materias de su competencia, como tampoco los abogados en el ejercicio profesional, dada las funciones sociales de la abogacía.

El artículo 70 es inequívoco al señalar perentoriamente que,

> *El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.*
>
> *La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.*

La ciencia global y ecuménica, universal y objetiva es constitutiva de la identidad nacional, cuya construcción nos corresponde a todos como deber constitucional según las demandas del artículo 95 constitucional.

Por su parte, reiterando lo anterior, el artículo 71 prescribe categóricamente que:

> *La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá*

[574] Corte Constitucional. Sentencia C-306 de 2012, M. P.: Mauricio González Cuervo.
[575] Corte Constitucional. Sentencia T-339 de 2015, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

La ciencia, elemento esencial y fundamental para la valoración de la prueba y esta, a su vez, junto con la debida interpretación constitucional pilar, si se sortean y solventan los obstáculos de los sesgos cognitivos, para el logro de la justicia material-social.

Se refieren a la ciencia en el Código General del Proceso los artículos 167, 176, 182, 226, 232, 235, 238 y 275.

Del Código de Procedimiento Penal de 2000, Ley 600, se destacan los artículos 238, 242, 247, 248, 249, 250, 251, 257, 263, 276, 277, 282, 290 y 292 como puntuales en lo referido a la prueba de naturaleza científica.

En las leyes: i) 734 de 2002, artículos 137 y 141; ii) 1123 de 2007, artículos 86, 92 y 96; y, iii) 1952 de 2019, artículos 156, 159, 176, 177, 179, 182, 184 y 193. Súmase a todos ellos, vía integración analógica, las referidas de la Ley 600 de 2000 y las que se referirán de la Ley 906 de 2004, como las del Código General del Proceso.

Así se desprende de los artículos 373, 382, 403, 404, 405, 408, 417, 418, 420 y 422 de la Ley 906 de 2004.

Se destaca aquí, para efectos del análisis de los sesgos cognitivos, que importa de suma manera la prueba alternativa de que da cuenta el artículo 422, además de la científica novel, como lo es la relacionada con la "*Admisibilidad de publicaciones científicas*"[576], para lo cual basta adjuntar la respectiva documentación y referencias donde está contenida como concepto científico o, simplemente enunciar el lugar público de la web donde puede ser obtenido conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta prueba, sin duda alguna, guarda una gran similitud con la establecida en el artículo 180 del Código General del Proceso, según la cual: "Notoriedad de los indicadores económicos. Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios".

Estas pruebas, sin duda alguna tienen carácter de indirectas, están legalizadas y legitimadas por la última parte del artículo 375 de la Ley 906 de 2004, cuando establece que "también es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la obligatoriedad de tener en cuenta una prueba o decretarla si se trata de obligatoriedad de la prueba de oficio, especialmente por lo establecido en los artículos 13 -principio rector que prevalece sobre cualquier otra norma y sirve de criterio de interpretación-, 148 y 150 cuando

[576] Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Ciencia y prueba Judicial* en Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019, pp. 977 y ss.

tiene "el propósito de esclarecer un aspecto determinante del caso"[577]. No hacerlo equivale a incursionar en la causal de procedibilidad de la acción de tutela o vía de hecho conocida como "exceso ritual manifiesto".

Es así como, frente a documentos, y sobre todo si los mismos se encuentran en portales electrónicos de acceso general y público, especialmente cuando son producidos por el Estado, se tiene dicho[578]:

Valoración de la prueba

> *17. El Tribunal observa que varios documentos citados por las partes en sus respectivos escritos no fueron aportados a la Corte[579]. Respecto de algunos se envió el enlace electrónico directo a una página de Internet. Otros, correspondientes a instituciones públicas del Estado, sólo fueron citados, pero pudieron ser ubicados a través del Internet. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, es deber de las partes adjuntar a sus respectivos escritos principales toda la documentación que pretendan hacer valer como prueba, de tal forma que sea conocida por el Tribunal y por las demás partes de manera inmediata[580]. Sin perjuicio de esto, en el presente caso, la Corte observa que los documentos aportados de esta manera eran oportunos y las partes tuvieron la posibilidad de controvertirlos, pero no lo hicieron. Por ello, dichos documentos se aceptan e incorporan al expediente, ya que no se afectó la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal de las partes.*

18. En cuanto a los documentos de prensa presentados, la Corte constata que algunos de ellos se encuentran sin fecha[581]. Sin embargo, ninguna parte los objetó por este

[577] Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") contra Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párrafo 94.

[578] Ibidem.

[579] Citados por la Comisión Interamericana: Sentencia N.o 465 de la Sala Político Administrativa del TSJ de 22 de marzo de 2001; Sentencia N.o 01285 de la Sala Político Administrativa del tsj de 20 de agosto de 2003; Sentencia N.o 01662 de la Sala Político Administrativa del tsj de 28 de octubre de 2003; Sentencia N.o 00331 de la Sala Político Administrativa del tsj de 14 de abril de 2004; Sentencia N.o 01771 de la Sala Político Administrativa del tsj de 14 de octubre de 2004; Sentencia N.o 1057 de la Sala Constitucional del tsj de 1 de junio de 2005; Sentencia No. 3321 de la Sala Constitucional del tsj de 3 de noviembre de 2005; Sentencia N.o 1048 de la Sala Constitucional del tsj de 18 de mayo de 2006; Sentencia N.o 1764 de la Sala Constitucional del tsj de 15 de agosto de 2007; declaración del Presidente de la República Hugo Chávez Frías de 26 de octubre de 2003 en "Gobierno en Línea, Aló Presidente" N.o 169. Citados por el representante: artículo periodístico titulado "tsj otorgó la titularidad a 164 jueces 'bolivarianos'", publicado el 21 de diciembre de 2005 en el diario El Universal; discurso de orden del magistrado José M. Delgado Ocando, Magistrado de la Sala Constitucional del tsj, en la apertura de las actividades judiciales de 2001, pronunciado el 11 de enero de 2001.

[580] Véase caso Escué Zapata contra Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C, No. 165, párrafo 26.

[581] Véanse los artículos periodísticos titulados: "Los polémicos fallos", publicado en el diario El Universal (expediente de prueba, tomo iv, anexo C, folio 1261); "Gobierno des-

hecho ni cuestionó su autenticidad, motivo por el cual *podrán ser* apreciados cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso[582].

Lo procedente entonces, según lo visto, es constatar la existencia del portal en el que reposa la información documental pública de naturaleza electrónica, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto, sin duda alguna, tiene que ver con otras disposiciones relacionadas con la posibilidad de decretar o practicar pruebas por fuera de las nominadas expresamente en los códigos procesales, por virtud de la cláusula de *numerus apertus* como sucede con los artículos ya referenciados.

La búsqueda de la verdad real dentro del proceso penal de la Ley 600 de 2000 y los procesos disciplinarios conlleva, necesaria e inexorablemente, a que el juez penal y disciplinario, último que hace justicia material en tanto administrador de justicia en sentido material, según sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011, se despojen de toda formalidad insulsa y proyecten el debido proceso más allá de las formas propias del juicio de que da cuenta el inciso 2º del artículo 29 de la Carta Política; tal inciso 1º preside su interpretación.

Su admisibilidad legal es explicable, con suficiencia, a partir de la cláusula abierta sobre existencia de medios probatorios diversos a los contemplados legalmente y el principio de libertad probatoria (artículos 233 inciso 2º y 237 de la Ley 600 de 2000, 13 inciso 3º y 131 de la Ley 734 de 2002, 86 inciso 3º y 87 de la Ley 1123 de 2007 y 13, 148, 149 inciso 3º de la Ley 1952 de 2019).

El artículo 242 de la Ley 600 de 2000 estableció una especie de pericia impropia, no sujeta a la nominada y típica que se conoce

---

conoce la decisión judicial de reemplazar a los médicos cubanos", publicado en el diario El Nacional (expediente de prueba, tomo iv, anexo C, folio 1242); "Rangel Avalos desacatará decisión de tribunales", publicado en el diario El Universal (expediente de prueba, tomo iv, anexo C, folio 1257); "Rangel Avalos reitera desacato a decisión de Corte", publicado en el diario El Universal (expediente de prueba, tomo iv, anexo C, folio 1258); "Magistrados esperan frutos del pacto entre el mvr, ad y el mas", publicado en el diario El Universal (expediente de prueba, tomo iv, anexo C, folio 1275), "Inspectores no hallaron irregularidades en la Corte Primera", publicado en el diario El Nacional (expediente de prueba, tomo iv, anexo C, folio 1244), y "Los cuestionamientos de José Vicente y Freddy Bernal", publicado en el diario El Universal (expediente de prueba, tomo iv, anexo C, folio 1251).

[582] Véanse: caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, N.o 158, párrafo 86; caso Nogueira de Carvalho y otro contra Brasil, Sentencia de 28 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares y Fondo, párrafo 65; caso La Cantuta contra Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 65, y caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, N.o 163, párrafo 59.

comúnmente, vía general por encontrarse en la parte sobre los "Principios generales de las pruebas" del Título VI, Capítulo I, del Libro I.

Los asesores especializados, por supuesto, deberán rendir sus opiniones a través de conceptos, pues no son técnicamente peritazgos, por lo que se trata de una prueba que tiene el carácter en principio de nominada, pero en el fondo es innominada o no tradicional, por tanto, se rige por lo dispuesto en los artículos sobre libertad de prueba, tal como se establece en los consignados en los 233 inciso 2º y 237 de la Ley 600 de 2000.

La similitud, por supuesto con el peritazgo es obvia, pero también con la llamada prueba de "operaciones técnicas" o de "informes técnicos" (artículos 247 y 263 de la Ley 600 de 2000), por lo que las bases de las opiniones vertidas deben ser producto de un interrogatorio, el cual deberá seguir en lo pertinente, *mutatis mutandi*, las reglas del peritazgo, de conformidad con lo expuesto en el artículo 233 inciso 2º ibidem o 149 inciso 3º de la Ley 1952 de 2019.

Igualmente, debe apreciarse lo dispuesto en el artículo 275 del Código General del Proceso sobre la "prueba de informes", prueba muy cercana a la comentada del artículo 424 de la Ley 906 de 2004, según el cual:

> *Procedencia. A petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal. Tales informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento por el representante, funcionario o persona responsable del mismo. Las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse*

Es absolutamente clara su viabilidad jurídica; si la prueba pericial puede versar sobre conocimientos técnicos, científicos y artísticos, pero además "especializados" según el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, también así la prueba sobre conceptos, opiniones o informes de expertos especializados o informes técnicos ya referenciadas, pues tienen su base de *analogía legis* plenamente establecida (artículos 23 de la Ley 600 de 2000, 21 de la Ley 734 de 2002, 16 de la Ley 1123 de 2007 y 22 de la Ley 1952 de 2019, artículos 6 inciso final del Código Penal, 8 de la Ley 157 de 1887 y 1 y 12 del Código General del Proceso).

No en vano, pues, el Código General del Proceso establece en su artículo 165 las pruebas nominadas o típicas de la actividad procesal judicial y administrativa, pero soló de manera enunciativa, pues su inciso 1º luego de describir las ejemplificativas señala y "cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez". Ya, en el inciso segundo, establece un sistema de numerus apertus en materia probatoria, vías anunciadas a través de

las cuales se puede llegar perfectamente a la viabilidad jurídica de lo anunciado para efectos de minimizar los efectos de los sesgos cognitivos.

Tales menciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustentan peticiones, como cuando se allega al expediente y se adjunta para ser tenida como prueba, la impresión de un documento que aparece en una página electrónica de acceso general y público, lo que no se constituye en una práctica exótica ni ilegal, lo que vale, especialmente, para el proceso penal de la Ley 600 de 2000 y los disciplinarios de las leyes 734 de 2002, 1123 de 2007 y 1952 de 2019 como se ha visto.

Finalmente, estamos de acuerdo con Andrés Páez quien propone que a través de reglas técnicas se regulen los eventos susceptibles de generar sesgos cognitivos, utilizando propuestas como los *nudges* de Thaler, pero especificando que concretados en "predicciones estadísticas", con lo cual coincidimos como lo hemos planteado en nuestro trabajo de esta misma Colección Serial No 15, titulada *Problemas procesales comunes de la práctica litigiosa y estrategias para enfrentarlos.* Parte primera, Capítulo 4, "Sobre la racionalidad metafísica y la racionalidad empírica".

REFERENCIAS

Albeleira Germán. *Sesgos cognitivos: definición, tipos y relación con la Neurociencia* en Hablemos de Neurociencia, 2018 en https://hablemosdeneurociencia.com/sesgos-cognitivos-definicion-tipos-y-relacion-con-la-neurociencia/, consultado octubre 20 de 2023.

Alonso José Ramón y Alonso Esquisábel Irene. *El cerebro nace o se hace. Genes y ambiente* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Andrade Cadena Xavier, Arroyo Aguirre Carolina & Fierro Valle Estefanía. *Vicios, sesgos y conjuros arbitrales* en Revista Ecuatoriana de Arbitraje N.o 8, 2016 en https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art1.pdf, consultado octubre 21 de 2023.

Juan Luis Arsuaga y Manuel Martín-Loeches. *El sello indeleble. Pasado, presente y futuro del ser humano*, Barcelona, Penguin Random House, 2022.

Bär Nora. *Neurociencia: ¿Están los jueces y abogados libres de sesgos al juzgar las acciones penales?* en La Nación Noviembre 10 de 2020, Madrid, 2020 en https://www.lanacion.com.ar/ciencia/neurociencia-estan-jueces-abogados-libres-sesgos-al-nid2504754/, consultado octubre 20 de 2023.

Bargh John. ¿Por qué hacemos lo que hacemos? El poder del inconsciente, SONIA TAPIA (Trad.), Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.

Bargh John. *El experto y sabio inconsciente* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 45 Atrévete a saber, 2018 en https://www.youtube.com/watch?v=w_x5-ZCn_Xc, consultado en diciembre 1 de 2018.

Barón Lorena & Zapata Rotundo Gerardo J. *Los sesgos cognitivos: de la psicología cognitiva a la perspectiva cognitiva de la organización y su relación con los procesos de toma de decisiones gerenciales* en Ciencia y Sociedad, vol. 43, núm. 1, 2018 Instituto Tecnológico de Santo Domingo, República Dominicana en https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87055001003, consultado octubre 20 de 2023.

Beltrán Román Víctor. *Visión de túnel: notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal* en Revista de Estudios de la Justicia · June 2021 en: https://www.researchgate.net/publication/352904078, consultado octubre 21 de 2023.

Brugos Miranda David. *Los procedimientos de modificación de sesgos cognitivos (MSC) y su aplicación en el tratamiento de la psicopatología* en I Congreso Virtual Internacional de Psicopatología, 2017 en https://psiquiatria.com/trabajos/5CONF1PSICO2017.pdf, consultado octubre 21 de 2023.

Bustamente Requena José Francisco. *Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba* en Máster en razonamiento probatorio Universitat de Girona, 2021 en https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/19419, consultado octubre 21 de 2023.

Canessa Nicola. *El sueño de la razón. Cómo funciona el cerebro* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Cela Conde Camilo José y Ayala Francisco J. *El cerebro moral. Evolución del cerebro y valores humanos* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

CETECIC. *Sesgos cognitivos: atajos en el procesamiento de la información* en Psyciencia, 2021 en https://www.psyciencia.com/sesgos-cognitivos-atajos-en-el-procesamiento-de-la-informacion/, consultado octubre 20 de 2023.

Concha Daniela, Bilbao María Ángeles, Gallardo Ismael, Páez Darío y Fresno Andrés. *Sesgos cognitivos y su relación con el bienestar subjetivo* en Salud & Sociedad v. 3 no. 2, mayo - agosto 2012 en https://www.researchgate.net/publication/285404266_sesgos_cognitivos_y_su_relacion_con_el_bienestar_subjetivo_cognitive_biases_and_their_relationship_with_subjective_well-being/citation/download, consultado octubre 21 de 2023.

Cores Cecilia. *50 sesgos cognitivos que deberías conocer* en Centro psicológico (aquí candelabro judío) en https://ceciliacorespsicologa.es/page/2/?s, consultado octubre 20 de 2023.

Correa Gacitúaa Juan Pablo, Ossa Cornejo Carlos Javier y Sanhueza Morales Paola. *Sesgo en razonamiento, metacognición y motivación al pensamiento crítico en estudiantes de primer año medio de un establecimiento de Chillán* en Revista de Estudios y Experiencias en Educación Vol. 18 N.o 37, agosto, 2019, en https://www.scielo.cl/pdf/rexe/v18n37/0718-5162-rexe-18-37-61.pdf, consultado en octubre 21 de 2023.

Cortada De Kohan Nuria. *Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones* en International Journal of Psychological Research Vol. 1, N.o 1, 2008 en https://www.redalyc.org/pdf/2990/299023503010.pdf, consultado octubre 21 de 2023.

Cotrufo Tiziana y Ureña Bares Jesús Mariano. *El cerebro y las emociones. Sentir, pensar, decidir* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Dahab José, Minice Ariel y Rivadeneira Carmela. *Sesgos cognitivos* en Revista de Terapia Cognitiva Conductual N.o 47 Noviembre de 2021, CETECIC -https//cetecic.com.ar/-, en https://cetecic.com.ar/revista/pdf/sesgos-cognitivos.pdf, consultado octubre 21 de 2023.

Damasio Antonio. *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, Joandomenec Ros (Trad.), Barcelona, Ediciones Destino S. A., 2013 y Damasio Antonio. *Diálogos con Antonio Damasio* (Entrevista), Mario Mazzilli, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento, 2013 en https://www.youtube.com/watch?v=SIj3hOMaIIM, consultado diciembre 1 de 2018.

Damasio Antonio. *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Joandomenec Ros (Trad.), Barcelona, Ediciones Destino S.A., 2014.

Damasio Antonio. *El extraño orden de las cosas. La vida, los sentimientos y la creación de las culturas*, Joandomenec Ros (Trad.),

Bogotá, Ediciones Destino, 2018.

Damasio Antonio. *Diálogos con Antonio Damasio* (Entrevista), Mario Mazzilli, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento, en https://www.youtube.com/watch?v=SIj3hOMaIIM, consultado diciembre 1 de 2018.

Damasio Antonio. ¿Para qué sirve la felicidad? Emoción y felicidad (Conferencia), Puebla, La ciudad de las ideas CDI, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=-1ROlTH4_5k, consultado diciembre 1 de 2018.

Damasio Antonio. *La búsqueda por comprender la consciencia* (Conferencia), Long Beach, TED Talks, 2011 en https://www.ted.com/talks/antonio_damasio_the_quest_to_understand_consciousness?language=es#t-11035 y https://www.youtube.com/watch?v=cqXMORKPQGA, consultados diciembre 1 de 2018.

Damasio Antonio. *Neurociencia y aprendizaje* (Conferencia), 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=5aK9gf9H5as, consultado diciembre 1 de 2018.

De La Rosa Rodríguez Paola Iliana y Sandoval Navarro Víctor David. *Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio* en Revista Derecho Penal y Criminología Volumen XXXVII N.o 102 - enero-junio de 2016, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Descenso. El caso contra Boeing en https://www.netflix.com/co/title/81272421

Design Toolkit. *Factores humanos psicológicos y sesgos cognitivos* en Universitat Oberta de Catalunya en design-toolkit.recursos.uoc.edu/es/factores-humanos-psicologicos-y-sesgos-cognitivos/, consultado octubre 20 de 2023.

Dierssen Mara. ¿Cómo Aprende (Y Recuerda El Cerebro)? Principios De Neurociencia Para Aplicar En La Educación En Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Duhigg Charles. *El poder de los hábitos. Por qué hacemos lo que hacemos en la vida y en el trabajo*, Wendolin Sabrina Perla Torres (Trad.), Bogotá, Vergara, 2022.

Duque Almudena, López-Gómez Irene, Blanco Iván y Vázquez Carmelo. *Modificación de Sesgos Cognitivos (MSC) en depresión: Una revisión crítica de nuevos procedimientos para el cambio de sesgos cognitivos* en Revista Terapia Psicológica Vol. 33, N.o 2, 2015 en Dialnet https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5298868, consultado octubre 21 de 2023.

Feixas I Viaplana Guillem. *Personalidad. Significados personales y sentido de identidad* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Fernández-Berrocal Pablo. *Inteligencia Emocional. Aprender a gestionar las emociones* en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021.

Fernández-Berrocal Pablo. *Psicología del pensamiento. El arte de razonar mejor* en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021.

Ferrus Alberto. ¿Qué es la consciencia? Una aproximación desde la neurociencia en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Forman Jerrell. *Sesgos Cognitivos. Una fascinante mirada dentro de la psicología humana y los métodos para evitar la disonancia cognitiva, mejorar sus habilidades para resolver problemas y tomar mejores decisiones*, Estados Unidos, 2020.

Fortea Sevilla María Del Sol. *Personalidad. Lo que nos hace únicos* en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021.

García García Emilio. *Memoria. Recordar y olvidar* en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021.

Gilbert Daniel. *Tropezar con la felicidad*, Verónica Canales Medina (Trad.), Barcelona, Ariel, 2017.

Golombek Diego. *Las neuronas de Dios. Una neurociencia de la religión, la espiritualidad y la luz al final del túnel*, Buenos Aires, siglo XXI Editores, 2015.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *Neurociencia de la toma de decisiones y la organización del sistema procesal penal* en Derecho Penal y Neurociencia, Eric García-López (Coordinador), México, INACIPE, 2020.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. *Ciencia y prueba Judicial* en Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate y Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y Gutiérrez De Piñeres Botero Carolina. *Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gutiérrez De Piñeres Botero Carolina. *La formación de hábitos y el libre albedrío* en Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

Gutiérrez De Piñeres Botero Carolina. *Neurociencias y libre albedrío* en Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate y Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

Haidt Jonathan. *La mente de los justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata*, Antonio García Maldonado (Trad.), Bogotá, Ediciones Planeta, 2019.

https://es.surveymonkey.com/mp/tipos-de-sesgos/, consultado octubre 20 de 2023.

https://www.ionos.mx/digitalguide/online-marketing/vender-en-internet/que-es-un-sesgo-cognitivo/, consultado octubre 20 de 2023.

Inboundcycle. *5 Sesgos cognitivos que te ayudarán a vender más y mejor en tu negocio (con ejemplos)* en https://www.inboundcycle.com/blog-de-inbound-marketing/sesgos-cognitivos-en-marketing-que-son, consultado octubre 20 de 2023.

Kahneman Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Bogotá, Debolsillo, 2017.

Kahneman Daniel, Sibony Olivier y Sunstein Cass R. *Ruido. Una falla en el juicio humano*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Bogotá, Debate, 2021.

Kaku Michio. *El futuro de la humanidad. La colonización de Marte, los viajes interestelares, la inmortalidad y nuestro destino más allá de la tierra*, Bogotá, Debate, 2021.

Lieberman Daniel Z. y Long Michael E. *Dopamina. Cómo una molécula condiciona de quién nos enamoramos, con quién nos acostamos, a quién votamos y qué nos depara el futuro*, María Eugenia Santo Coloma (Trad.), Bogotá, Planeta, 2022.

López Vázquez Julieta Arisbe y García Velázquez Luis Miguel. *Sesgos y falacias en la interpretación de procesos argumentativos en el programa Pensamiento Crítico de la Escuela Nacional de Estudios Superiores (UNAM)* en Educatio Siglo XXI, Vol. 39 N.o 1 · 2021, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia (España), http://revistas.um.es/educatio, consultado octubre 21 de 2023.

López Pamela. ¿Qué es ‹*behavioral economics*’ *y por qué es importante para un banco?* en fx in BBVA, 2018 en https://www.bbva.com/es/innovacion/que-es-behavioral-economics-y-por-que-es-importante-para-un-banco/, consultado octubre 20 de 2023.

Magallares Sanjuán Alejandro. *Disonancia cognitiva. El arte de la autojustificación* en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2022.

Maldonado Carlos Eduardo y Giraldo Gallo Jairo. *El mundo es cuántico. Una teoría a partir de las múltiples interpretaciones de la mecánica cuántica*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2022.

Manes Facundo y Niro Mateo. *Ser humanos. De dónde venimos. Quiénes somos. Hacia dónde vamos*, Bogotá, Planeta, 2021.

Marañón Emilio. *Bases de psicología cognitiva para el aprendizaje y la práctica de la ciencia* en Universidad de Vigo, 2020 en https://www.researchgate.net/publication/359502501_Bases_de_psicologia_cognitiva_para_el_aprendizaje_y_la_practica_de_la_ciencia, consultado octubre 21 de 2023.

Mariño Xurso. *El misterio de la mente simbólica. Cerebro, lenguaje y evolución* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Martín- Loeches Garrido Manuel. *El ce-*

rebro humano no busca la verdad: una explicación científica a por qué mentimos en Ethic, noviembre 7 de 2023, https://ethic.es/2023/11, consultado noviembre 7 de 2023.

Martínez-Casasola Hernández Luis. *Sesgo retrospectivo: por qué todo parece obvio una vez que ha sucedido* en Psicología y Mente, 2021 en https://psicologiaymente.com/psicologia/sesgo-retrospectivo, consultado octubre 20 de 2023.

Martínez Selva José María. *Cómo decidimos. Afronta el azar y la incertidumbre en la toma de decisiones* en Biblioteca de Psicología, España, Bonalletra Alcompas, 2021.

Massolo Alba Celina, Scherman Patricia & Traversi Mariel. *Sesgos cognitivos: Un estudio sobre evaluación de argumentos* en XI Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVI Jornadas de Investigación. XV Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. I Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. I Encuentro de Musicoterapia. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2019.

Matute Helena. *Nuestra mente nos engaña. Sesgos y errores cognitivos que todos cometemos* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Mlodinow Leonard. *El andar del borracho. Cómo el azar gobierna nuestras vidas*, Barcelona, Crítica, 2008.

Moreno Bote Rubén. ¿Cómo tomamos decisiones? Los mecanismos neuronales de la elección en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Moreta-Herrera Rodrigo y Reyes-Valenzuela Carlos. *El sesgo atencional en los trastornos relacionados con sustancias. Aspectos teóricos, evaluativos y de tratamiento* en Interdisciplinaria, vol. 39, núm. 1, pp. 77-90, 2022, Centro Interamericano de Investigaciones psicológicas y Afines CIIPCA en https://www.redalyc.org/journal/180/18069356005/html/, consultado en octubre 20 de 2023.

Muñoz Aranguren Arturo. *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación* en InDret Revista para el Análisis del Derecho 2/2011, Barcelona, en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/820_es.pdf, consultado octubre 21 de 2023.

Nordell Jessica. *El fin del sesgo. Cómo podemos cambiar nuestra mente*, Nerea Gilabert Giménez (Trad.), Madrid, Tendencias, 2022.

Ortiz Terán Elena y López Pascual Joaquín. *Neuroeconomía. Neurociencia, psicología y economía: tres disciplinas en colaboración* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Palafox Palafox Germán. ¿*Quién esté libre de sesgos que tire la primera piedra*?*: los sesgos cognitivos desde la mirada de la psicología experimental* en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en https//biblio.juridicas.unam.mex/bjv, consultado octubre 19 de 2023.

Smith Nathan et al. *Introduction to Philosophy*, Parte 2.2: Superar los sesgos cognitivos y participar en la reflexión crítica, LibreText, 2023 en https://www.researchgate.net/publication/341193305_Introduction_to_Philosophy/citation/download?_tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19, consultado octubre 21 de 2023.

Páez Andrés. *Los sesgos cognitivos y la legitimidad de las decisiones judiciales* en Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas, Federico José Arena, Pau Luque y Diego Moreno Cruz (Eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

Penrose Roger. *Moda, fe y fantasía en la nueva física del universo*, Marcos Pérez Sánchez (Trad.), Barcelona, Penguin Random House,

2020.

Pinker Steven. *Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla*, Pablo Hermida Lazcano (Trad.), Bogotá, Paidós Editorial Planeta, 2021

Quevedo Díaz Marcos. *El cerebro inconsciente. Los automatismos de nuestra mente* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Ricard Matthieu Y Singer Wolf. *Cerebro y meditación. Diálogo entre el budismo y las neurociencias*, Vicente Merlo (Trad.), Barcelona, Kairós, 2017.

Robson David. *El (muy extendido) sesgo cognitivo que estuvo detrás de algunas grandes catástrofes de la historia* en BBC News Mundo, 2019 en https://www.bbc.com/mundo/vert-cul-50414114, consultado octubre 20 de 2023.

Rosas Santos Juan M. *Psicología del aprendizaje. No tan distintos del perro de Pávlov* en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2023.

Salas Javier. *La posverdad está en tu cerebro. Los sesgos cognitivos nos dejan a merced de las mentiras de los políticos a los que votamos* en el País. Diciembre 17 de 2016 en https://elpais.com/elpais/2016/12/14/ciencia/1481728914_575054.html, consultado octubre 20 de 2023.

Sánchez R. Mauricio. *5 sesgos cognitivos que cometes diariamente* en Mente y Ciencia Interactive Brokers, 2020 en https://www.menteyciencia.com/5-sesgos-cognitivos-que-cometes-diariamente/, consultado octubre 20 de 2023.

Santizo Rodall Claudia Alejandra. *Percepciones y Sesgos Cognoscitivos en la Educación Básica* en Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa, 2022, 15(2) en https://doi.org/10.15366/riee2022.15.2.002, consultado octubre 21 de 2023.

Sigman Mariano. *El poder de las palabras. Cómo cambiar tu cerebro (y tu vida) conversando*, Bogotá, Debate, 2022.

Silva Jaramillo Santiago. *Sesgos, heurísticas y arquitectura de las decisiones: Un pequeño empujón como introducción al paternalismo libertario de Richard H. Thaler y Cass R. Sunstein* en Sociedad y Economía, núm. 35, 2018 Facultad de Ciencias

Sociales y Económicas- Universidad del Valle en https://www.redalyc.org/journal/996/99659352011/html/, consultado octubre 20 de 2023.

Sober Elliot & Wilson David Sloan. *El comportamiento altruista. Evolución y psicología*, Ana Grandal Martín (Trad.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2000.

Sustein Cass R. & Thaler Richard H. *Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre la salud, dinero y felicidad*, Belén Urrutia (Trad.), México, Taurus, 2019.

Urra Urbieta José Anastasio, Medina Lorza Aida y Acosta Naranjo Alejandro. *Heurísticos y sesgos cognitivos en la dirección de empresas: un meta-análisis* en Revista Venezolana de Gerencia, vol. 16, núm. 55, julio-septiembre, Maracaibo, Universidad del Zulia, 2011.

Valenzuela Miguel. *Sesgo de confirmación* en psicólogos en línea, 2020 en https://psicologosenlinea.net/249-este-es-un-articulo-destacado-haga-clic-aqui-para-mas-informacion.html, consultado octubre 20 de 2023.

Villarruel-Fuentes Manuel. *El quehacer del científico: Una perspectiva crítica desde referentes psicológicos* en Revista *Ensayos Pedagógicos* Vol. XIV, Nº 1 Enero-junio, 2019, México, 2019 en https://www.academia.edu/40592170/El_quehacer_del_científico_Una_perspectiva_crítica_desde_referentes_psicológicos, consultado octubre 20 de 2023.

Zamora Bonilla Jesús. *En busca del yo. Una filosofía del cerebro* en Neurociencia & Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.

Zero Psicólogos. *Sesgos cognitivos: ¿Por qué tomamos decisiones irracionales?* en Zero Blog, Palma de Mallorca en https://www.zeropsicologos.com/blog/sesgos-cognitivos-por-que-tomamos-decisiones-irracionales/ , consultado octubre 20 de 2023.



VEINTITRESAVO ESTUDIO

Las neurociencias y las paradojas de testimonio en los procesos penal y disciplinario

INTRODUCCIÓN

Facundo Manes, uno de los más reputados neurocientíficos de actualidad, siguiendo una afirmación de nuestro nobel de literatura Gabriel García Márquez, expuesta en su gran obra *Cien años de soledad*, señala que "la vida no es la que vivimos, sino como la recordamos para contarla"[583].

Afirmaciones muy seguramente surgidas del inconsciente de mentes brillantes de la literatura y de las humanidades, adquieren en la actualidad comprobación científica por obra de la neurociencia y las tecnologías de punta que utiliza, por medio de las cuales se nos permite analizar lo que sucede al interior del cerebro *in vivo* y en el acto, en tiempo real, sin producir daños o vejámenes a la dignidad de la persona[584].

Esta investigación va dirigida, en principio a los no inciados en el tema, Defensores Público de la Dirección de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, pero también a estudiantes y profesionales en general que tengan intención de ir más allá de las problemáticas enlistadas, conforme aparecen en textos jurídicos y decisiones judiciales. Queremos motivar, inspirar y dar ejemplo de cómo es posible y viable abordar temas de la última generación científica que nos impactan de manera singular y cuya comprensión en muchas ocasiones no está al alcance de todos, de allí que, hemos efectuado un barrido sobre la problemática en audios publicados en YouTube y aquí identificados y citados como material mínimo al alcance de todos, muy fáciles de comprender y sobre todo de ponernos en claro los retos a que se enfrenta hoy la Administración de Justicia, cuyos autores son reconocidísimos psicológos y neurocientíficos, sin perjuicio de que para quienes quieran profundizar los temas, se acuda a sus obras claves para el entendimiento y comprensión del tema. Se trata de un mínimo, no suficiente para obtener el difícil, complejo y lejano conocimiento suficiente requerido para enfrentar la misión y función constitucional de la defensa, pero si el requerido para la debida estimulación, que es lo que para comenzar su abordaje, a partir de la estimulación, se necesita.

Joseph LeDoux, a través de sus experimen-

[583] Cfr. Facundo Manes. Presentación del libro "Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor" en el programa de la Televisión Española La aventura del saber (Conferencia), Madrid, Casa de América, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=NC3A9agOYYQ, consultado en noviembre 18 de 2018.

[584] Cfr. Antonio Damasio. Diálogos con Antonio Damasio (Entrevista), Mario Mazzilli, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento, 2013 en https://www.youtube.com/watch?v=Slj3hOMaIIM, consultado diciembre 1 de 2018.

tos, ha logrado establecer que el arousal emocional que acompaña a un suceso trágico, como el atentado a las Torres Gemelas en New York el 11 de septiembre de 2001, fortalece el recuerdo de los acontecimientos y se evoca en un futuro, a través de la emoción, por cualquier circunstancia asociada al evento. La memoria emocional, que funciona inconscientemente, trabaja con la memoria cognitiva, por lo que el componente emocional de un recuerdo facilita o aumenta el almacenamiento del recuerdo. Pero también, cada vez que se evoca, puede sufrir transformaciones en la medida en que se recrea[585], de tal manera que quien más repite la evocación de la historia, es susceptible de incurrir en mayores imprecisiones que quien no lo hace, pues ha intervenido menos en su campo crítico de inestabilidad y creatividad.

Manes, extraordinario científico cognitivo y excelente divulgador científico, propone que la sociedad, si quiere cambiar, debe apropiarse del conocimiento y utilizarlo en su favor para presionar a las instancias gubernamentales para que su adecuado uso se convierta en instrumento de progreso social y humano a través de las enseñanzas de la técnica, la tecnología y la ciencia, particularmente de la neurociencia que estudia interdisciplinariamente y no de manera reduccionista la cognición humana y la mente en general, con sus procesos especializados. Plantea unos conceptos muy interesantes que nos servirán de bases para plantear como, también sobre la Administración de Justicia, las neurociencias tienen profundas repercusiones y enseñanzas que dar, si queremos seriamente cambiar la situación en gran parte negativa que hoy la asecha, puesto que se encuentra de espaldas, literalmente hablando, a los cada vez más importantes y mayores aportes que desde tal campo se hacen al progreso social.

Quién dude de la importancia del tema que aquí se plantea[586], más como estímulo e insumo para introducirse en el tema que como conocimiento básico para otorgar competencia para moverse en su especialidad, lo invitamos a ver el video del Gorila[587]- [588], pero especialmente, someterlo a la observación de personas desconocedoras del tema del trabajo, para que se convenza de lo necesaria, imprescindible y urgente que resulta la importante y trascedental materia que vamos a avocar.

---

[585] Joseph Ledoux. Entrevista con Facundo Manes, Asociación Educar para el Desarrollo Humano, YouTube, octubre 13 de 2016, en https://www.youtube.com/watch?v=-KjMN_p8kco, consultado noviembre 18 de 2018.

[586] Muy buenos textos sobre el tema Giuliana Mazzoni. Psicología del testimonio, Amparo Moreno (Trad.), Madrid, Editorial Trotta, 2019, Giuliana Mazzoni. ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria, José Manuel Revuelta (Trad.), Madrid, Editorial Trotta, 2021 y Margarita Diges. Testigos, sospechosos y recuerdos falsos, Madrid, Editorial Trotta, 2018.

[587] En https://www.youtube.com/watch?v=PbVYH8FCLvo, consultado noviembre 18 de 2023.

[588] Para un comprensión clara y eficiente para el manejo del tema José Ramón Alonso. Experimentos de psicología. La construcción de una ciencia en Biblioteca de Piscología, Eslovenia, Bonalletra Alcompas, 2022, pp. 79 a 86.

Capítulo1
Presupuestos neurocientíficos de la problemática

El neurocientífico argentino Facundo Manes en múltiples conferencias, que por demás sirven en grado sumo para que cualquier neófito se aproxime al tema, plantea una serie de conceptos derivados unos de saltos evolutivos sufridos por el hombre y la civilización producto de las presiones del medio ambiente y, otros, derivados de la educación y las técnicas de mejor aprovechamiento, que utilizaremos en este trabajo para demostrar el rendimiento que pueden aportar en los más acuciantes problemas de nuestros sistemas de justicia[589]-[590].

Ante la pregunta de *¿qué nos hace humanos*?, Manes plantea los siguientes conceptos, expuestos en anterior trabajo suyo, que se verán aquí apoyados en otros que se mencionan a continuación, que nos definen como humanos:

1) Por virtud de la bipedestación se generó el lenguaje gestual, lo que de alguna manera, introduce la comunicación humana. Esto es, al quedar liberadas las manos del proceso de locomoción, se desarrolló la gesticulación como lenguaje de manos[591].

2) El salto evolutivo mencionado originó el surgimiento del circuito que produjo la memoria episódica, misma que nos ubica en el "dónde" y "cuándo". A su lado la memoria semántica (qué, el significado), la memoria *on line* operativa (de trabajo) y la memoria procedural o procedimental (experiencia y práctica, realización de los actos mecánicos) se suman, todas actuando en red, pero cada memoria tiene su propio circuito neural en específico. "Recordamos lo que nos emociona", es verdad inconcusa hoy en día. Se compone lo atinente a la memoria de los circuitos de la atención, la codificación, la consolidación y la evocación, procesos que se solidifican con el sueño, mismo que interviene en la filtración de la información para la memoria, dejándose claro que olvidar es un hecho fisiológico importante. Pueden verse afectados por fenómenos como el estrés, la

[589] Cfr. Facundo Manes. ¿Cómo las neurociencias nos pueden ayudar en la educación? [Conferencia], Buenos Aires, Foro Internacional de Innovación Educativa FIED, 2014 en https://www.youtube.com/watch?v=1eO1Ux-MJg4, consultado en noviembre 24 de 2018.

[590] Cfr. Facundo Manes. ¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura? [Conferencia] en Jornadas Internacionales para Docente, Buenos Aires, 40 Feria Internacional del Libro, 2014 en http://entrecomillas.el-libro.org.ar/videos/facundo-manes-como-funciona-nuestro-cerebro/#.W_nNUegzaM8, consultado en noviembre 24 de 2018.

[591] Complementos en MANES, ¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura?, ob.cit.

depresión y la ansiedad[592]-[593].

3) La aparición del lenguaje es singularmente importante en la evolución, producto de los cambios de la estructura esquelética que conllevaron a la posición erguida o erecta –cambios en el sistema de fonación- del hombre. Fundamental para la transmisión del conocimiento de generación en generación, lo que lo hace acumulativo y por supuesto implica ahorro de actividades nuevas tendientes a crearlo, por quienes lo reciben. También, se dice, engarza lo emocional con lo racional al permitir que lo primero sea el fundamento de los sistemas racionales explicativos[594].

La historia de la evolución humana no puede desligarse de la del lenguaje, solo tan particular, excluyente y exclusivo atributo humano es el que permite procesar las percepciones, almacenarlas adecuadamente, consolidar su adecuada guarda en los circuitos neuronales y llamar su evocación como conceptualizaciones con significado.

4) El cerebro es un órgano social[595]-[596]. La aparición de la vida social surge como producto del cerebro complejo o viceversa. Confianza, altruismo, compasión y solidaridad, entre otros fenómenos, son parte del complejo pegamento social. La complejidad social fue determinante para la complejidad que alcanzó nuestro cerebro, puesto que sentimos, pensamos y tomamos decisiones de acuerdo con lo que piensa y sienten nuestros amigos, compañeros y personas con las cuales llevamos una vida compartida, tomamos decisiones sociales, por lo que influyen en ella sesgos sociales y culturales propios del entorno, lo que indica que no somos del todo racionales sino, la mayoría de las veces

[592] Complementos en MANES, ¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura?, ob.cit.

[593] "Antes se pensaba que las ideas, los recuerdos o los conocimientos estaban alojados en distintos módulos cerebrales. El neurocientífico español radicado en los Estados Unidos, Joaquim Fuster, fue uno de los primeros en desafiar este concepto y proponer que la memoria surge de la interconexión de la gran red que es el cerebro", dice Punset: Joaquim Fuster. El alma está en la red que está en el cerebro (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 110 Atrévete a saber, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=jgTH2Sb5pys, consultado en noviembre 28 de 2018.

[594] "Biología cultural": Humberto Maturana. Como vivimos compitiendo, siempre estamos negando a los demás (Entrevista) Soledad Onetto, Santiago de Chile, Radio Cooperativa GPS, 2013 en https://www.youtube.com/watch?v=GpMuubZSuy4, consultado en diciembre 2 de 2018.

[595] El cerebro social en gran medida depende del lóbulo frontal: nacemos con un rudimentario sentido moral y la moralidad depende, tanto de la racionalidad (contactos impersonales) como de lo emocional (contactos personales): Mariano Sigman Y Diego Golombek. El cerebro y yo. La Moral Capítulo 7 (Documental), Buenos Aires, Encuentro, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=1UMqj9CaLuI, consultado en noviembre 28 de 2018.

[596] Por el neurocientífico que más ha investigado al cerebro social y ético, ver Punset: Michell Gazzaniga. No éramos los únicos. Ahora lo somos (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 88 Atrévete a saber, 2011 en http://www.rtve.es/alacarta/videos/redes/redes-no-eramos-unicos-ahora-somos/1050233/, consultado En diciembre 2 de 2018.

emocionales, pues el cerebro emocional y el cerebro racional trabajan constante y permanentemente en conjunto y asociados con el cerebro social[597]. Cuando practicamos el altruismo y la solidaridad[598]-[599], se activan las redes neuronales de recompensa y placer del cerebro[600]-[601].

5) Capacidad del engaño táctico o social y del autoengaño son productos derivados del grosor de la corteza cerebral que otorgan habilidades de tipo social que favorecen el potencial real y efectivo del grupo humano como el fundamento principal de la evolución de la especie, lo que implica que hoy se encuentre en revisión los instintos egoístas como el motor de impulso y desarrollo de la especie humana. La capacidad de engaño, por acción y por omisión, son propias de las estrategias humanas de las cuales nos ha dotado la evolución, al igual que la cooperación social para poder vivir en sociedad[602].

6) La capacidad y habilidad de los cambios cerebrales que se facilitan por la neuroplasticidad y la epigenética, son instrumentos y fenómenos evolutivos que nos preparan para la adaptación a nuevos entornos. La neuroplasticidad como funcionalidad cerebral, que interviene en la sinapsis, es la que posibilita que aprendamos, esto es, que podamos crear mentalmente un modelo del mundo exterior, cometiendo errores y corrigiendo, para predecir el futuro

[597] Complementos en Facundo Manes. ¿Qué es ser humano? (Conferencia), Buenos Aires, Experiencia Endeavor Argentina, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=mM1TlE-DOX28, consultado en noviembre 24 de 2018.

[598] Cfr. Matthieu Ricard. El control mental, la meditación, el altruismo y la ciencia (Entrevista), Eduardo Punset, Redes, 2010 en https://www.youtube.com/watch?v=kMsyujdNfDg y https://www.youtube.com/watch?v=uhc750plltc, consultados en noviembre 28 de 2018.

[599] Peter Singer. El cómo y el por qué del altruismo eficaz (Conferencia). TEDx Talks, 2013 en https://www.ted.com/talks/peter_singer_the_why_and_how_of_effective_altruism/transcript?language=es, consultado en noviembre 28 de 2018.

[600] Complementos en Facundo Manes, Entrevista al Programa Radial Entre el cielo y la tierra, Padre Guillermó Marcó y Max Gulmanelli (Prods). Buenos Aires, Radio Rivadavia, 2014 en https://facundomanes.com/2014/06/28/ciencia-y-fe-con-el-facundo-manes/, consultado en noviembre 24 de 2018.

[601] "¿Quién dijo que la vida es una lucha donde ganan los más competitivos, fuertes y agresivos? Si aceptamos la teoría de la evolución mediante selección natural, hemos de saber que los seres vivos también han sido seleccionados por su capacidad para sentir las emociones del prójimo y para colaborar en el bien común. Lo explica el primatólogo Frans de Waal, gran estudioso de las emociones animales. Frans de Waals es un investigador holandés especializado en psicología, primatología y etología. Doctorado en biología por la Universidad de Utrecht, es profesor de la Universidad de Emory en EE. UU., miembro de la Academia Americana de las Ciencias y director del Yerkes Primate Center", dice Punset, desde la sociobiología: Frans De Waal. Nuestro cerebro altruista (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 53 Atrévete a saber, 2014 en https://www.youtube.com/watch?-v=4rVrYkOcfL8, consultado en noviembre 28 de 2018.

[602] Facundo Manes. Conferencia sobre neurociencia, Buenos Aires, Universidad Nacional Noroeste, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=ZW6ivTu2v30, consultado noviembre 18 de 2018.

incluso proyectando sus modelos; en ello, para aprender y para aprender a aprender, interviene cuatro pilares:

i) la atención por medio de la cual se selecciona una información, potenciando o limitando el aprendizaje. Solo vemos aquello a lo que prestamos atención, como lo demuestra el video del gorila -el cual se citará más adelante-, pues la atención orienta la información en diferentes circuitos del cerebro.

ii) el compromiso activo. No se aprende siendo pasivo, el ser humano tiene que ser proactivo y propositivo en el aprendizaje.

iii) la corrección de error llama a una constante supervisión por parte de la consciencia de aquello que se percibe y procesa, de lo cual incluso nos advierte automáticamente el mismo cerebro, de lo que adviene precisamente la comprensión de la existencia de una meta consciencia o meta cognición;

iv) la consolidación, que implica inicialmente un esfuerzo considerable en un primera oportunidad, para poder automatizar lo aprendido, aquí juega un papel muy importante el sueño, esto es, aprendemos cuando dormimos y el sueño permite la consolidación de la información repitiéndola varias veces, potenciando el aprendizaje, toda vez que, allí radica el mecanismo a partir del cual los circuitos del recuerdo se consolidan[603].

La detección de errores es una habilidad cerebral derivada de otra habilidad superior, como lo es la autoconsciencia, lo que por demás es, una prueba muy convincente de la existencia de la consciencia humana[604].

7) La educación, como protectora y facilitadora de los cambios cerebrales y su conexión con:

i) La reserva cognitiva ante los daños cerebrales

ii) El mantenimiento cognitivo, ante la necesidad de llevar una vida social activa una vez nos jubilemos, so pena del deterioro cognitivo. El acto educativo pone en conexión a dos cerebros. Lo que se aprende es lo que nos motiva[605].

8) La toma de decisiones inconscientes[606],

[603] Stanislas Dehaene. Cómo funciona nuestro cerebro en Aprendemos Juntos 2030, BBVA, 2023 en https://www.youtube.com/watch?v=j9EImcqgnE4, consultado noviembre 17 de 2023.

[604] Stanislas Dehaene. Con ustedes,! Nuestro Cerebro¡ en Espacio Fundación Telefónica Madrid, Fundación Telefónica, 2023 en https://www.youtube.com/watch?v=Yu-6FhkEXR6o, consultado en noviembre 18 de 2023.

[605] Complementos en Manes, ¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura?, ob.cit.

[606] "Al parecer", de conformidad con un experimento de la Universidad de Cambridge, el corazón advierte previamente a lo consciente del cerebro, a través de la interocepción, dada por las conexiones entre neuronas existentes en el corazón y la ínsula cerebral, lo que resulta favorable o desfavorable, lo cual en cierta forma reivindica a Aristóteles cuando postuló su teoría cardiocéntrica; Luciano Sposato. Secretos de la relación corazón-cerebro (Conferencia). Río de la Plata, TEDx Talks, https://www.youtube.com/watch?v=c1i-Moel2LxA&vl=es, consultado en noviembre 25 de 2018.

dado que la actividad consciente implica una gran inversión de energía y nuestras limitadas capacidades cognitivas no serían suficientes para atender todo y absolutamente todo a través de la consciencia, que implica un pensamiento lógico, deliberativo, racional, analítico, deductivo, no apto para la urgencia a veces imprescindiblemente necesaria para superar los obstáculos que ponen en peligro la supervivencia sería ineficaz e ineficiente, al tener que analizar todos los pro y los contra en la fase previa a la toma de la decisión. La toma de decisiones, para que se haga lo más eficaz y eficientemente, debe hacerse de manera inconsciente la mayoría de las veces, fundada en la memoria y la emoción almacenadas producto de la experiencia, lo que permite una adaptación constante y permanente al contexto, por lo que la memoria se hace flexible tomando atajos y, por supuesto, son habilidades que no tendría una computadora[607].

9) La generación del conocimiento por virtud del trabajo en equipo. Se tiene demostrado que la inteligencia colectiva es mayor, en cuanto a resultados, que la "suma de las inteligencias individuales", fenómeno que no está determinado por los coeficientes intelectuales de los miembros del grupo y es el fundamento del éxito de la inteligencia social.

Allí muy importante la presencia de las mujeres, dada su mayor capacidad empática y su habilidad para realizar tareas holísticas. Para el éxito del trabajo en grupo se requiere:

i) Altos niveles de empatía.

ii) Un líder, pero que no sea una voz dominante, en tanto y cuanto, debe representar y articular al grupo.

iii) La interacción con el ambiente social[608].

10) La creatividad surge solo cuando existe motivación, inspiración y ejemplo. Para ello es necesaria la atención, puesto que las multitareas que no se hacen por parte, sino todo al mismo tiempo, como el uso de la tecnología actual, implica una disminución del rendimiento cognitivo; para la creatividad se necesita por supuesto trabajar duro, pero también descansar, dormir, el ocio, vacaciones, en fin, desconectarse del presente para dejar que el cerebro trabaje y procese automáticamente. Tenemos que invertir tiempo en la introspección necesaria para que funcione adecuadamente la red neuronal del "reposo", en la cual se integran los centros de asociación de ideas. No sabemos cómo surgen las ideas, pero sí cuándo: esto es, cuando estamos preparados –estudio o experiencia- y obsesionados o apasionados previamente; puesto que a nadie se le ocurre algo así como así, sino por cuanto ya de antemano lo ha pensado. Quiere decir que se requiere conocimiento previo y obsesión, incubación y la eureka surge cuando el cerebro está en *off*, proveniente de una red que procesa mientras no estamos en un proceso atencional o ejercicio de racionalidad, pero sí creando nuevas conexiones que elaboran el proceso creativo y "soñamos despiertos"

[607] Los complementos en Manes, ¿Qué es ser humano?, ob. cit.

[608] Complementos en Facundo Manes. Las neurociencias y la toma de decisiones [Conferencia], Buenos Aires, Escuela Argentina de Negocios Instituto Universitario, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=2_48SUP-Bfg, consultado en noviembre 24 de 2018.

al margen de los detalles, para después pasar a la verificación. Algo de locura se necesita, para ser valiente, como lo demuestran estudios en genios, que de alguna manera pierden el miedo a mostrar su obra, como se constata con esquizofrénicos y bipolares. El miedo paraliza la creación, lo que produce la ansiedad, pues ante situaciones traumáticas anteriores y por virtud de nuestra capacidad de recordar el "cuándo" y "dónde", se realizan similitudes emocionales que se disparan automáticamente engañándonos ante peligros inexistentes que generan la ansiedad patológica, lo que implica la necesidad de olvido; pero también se necesita el impulso del contexto para la creatividad, puesto que no es la inteligencia *per se* la que la hace surgir, sino la potencia exponencial del trabajo en grupo, el cual debe tener un líder, pero que no se imponga, sino que utilice la cognición social y atienda la empatía como capacidad de percibir lo que piensa el otro, integrando mujeres, dada su mayor capacidad de relacionarse y de empatía. La creatividad es de creación colectiva, no individual como antes, surge el conocimiento y la creatividad de generación en generación, siendo de la mayor importancia la "creatividad social" a largo plazo[609]; la creatividad del grupo es superior a la individual, esto es, "la inteligencia colectiva es mucho más que la suma de las inteligencias individuales en un grupo", tiene mayor valor hoy el conocimiento que se genera en equipo, puesto que la "inteligencia colectiva prevalece sobre la inteligencia individual"[610].

11) Preparación para equivocarse ante la estigmatización que la educación tradicional y la sociedad efectúan, desestimulando el trabajo. El miedo crea la ansiedad y la ansiedad genera "miopía de futuro", debiéndose olvidar el pasado, razón por la cual el cerebro se paraliza por las enfermedades modernas, entre las cuales destaca la depresión, ante lo cual debemos activar la capacidad de resiliencia.

12) La memoria es creativa: la memoria no es fotográfica, cada vez que se evoca el recuerdo, la huella de los hechos se modifica y cambia dada la inestabilidad de su fijación, de allí su flexibilidad, aspecto que será uno de los fundamentos de nuestro estudio, por lo que más adelante se volverá a trabajar. "La memoria no es, muchas veces, el hecho que vivimos, sino el último recuerdo"[611]. La memoria y la consciencia están influenciadas por el grupo[612]-[613].

---

[609] Complementos en Manes, ¿Qué es ser humano?, ob. cit.

[610] Complementos en Manes, ¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura?, ob.cit.

[611] Complementos en Manes, ¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura?, ob.cit.

[612] Cfr. Fabricio Ballarini. TMN Neurociencia La ilusión del libre albedrío (Entrevista), Columna de Neurociencia,
mygct, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=lWvEyU7OGSw, consultado en noviembre 28 de 2018.

[613] Cfr. Fabricio Ballarini. TMN Neurociencia II Cerebro y memoria (Entrevista), Columna de Neurociencia,
mygct, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=22uPwJOBh34, consultado en no-

13) La emoción es clave en todo proceso cognitivo[614]-[615]. Facilita la toma de decisiones y recordamos de manera dependiente de la emoción que acompañó al acto de percepción[616]-[617]. "De la manera qué pensamos es la manera en que sentimos. Lo que creo que es la realidad, me impacta en lo que siento". Las emociones son:

i) Básicas o primarias: tristeza, alegría, sorpresa, disgusto, asco y miedo, siendo esta la principal, en tanto y cuanto genera las conductas sociales de acercamiento o alejamiento, pudiendo paralizar cuando se convierte en "ansiedad patológica", afectando la atención, la memoria, el aprendizaje y la toma de decisiones como la creatividad y el trabajo en grupo.

ii) Emociones sociales, como la culpa, la vergüenza y el orgullo nos separan de nuestro pasado evolutivo y se ponen al servicio del control de las emociones universales. Las emociones le dan color a nuestro estado mental. La emoción y la razón trabajan en equipo, dependiendo de los recursos cognitivos que, por sí son limitados dadas las múltiples tareas que, al mismo tiempo, reclaman nuestra ineficaz e ineficiente atención sobre varios puntos[618]. Pero también la emoción incide sobre los dilemas morales, emociones como la venganza, compasión y el amor obran como tal y, de alguna manera, parece que compartimos abstractamente una moral universal, que obra como gramática -"principios morales universales" o "principios de anclaje"- y ya depende, de cada cultura, como se desarrolla de manera particular, por ejemplo, dado un fenómeno de emociones, las acciones dañinas son peormente vistas que las omisiones dañinas, por virtud del contacto personal y por supuesto de la empatía[619], lo que genera los llamados estudios sobre los "dilemas mo-

viembre 28 de 2018.

[614] "Se define como un proceso influido por nuestra historia personal que produce cambios en el comportamiento. Fue Charles Darwin en 1872 quien describió, por primera vez, las emociones básicas. El prestigioso neurocientífico argentino Facundo Manes propone indagar sobre la alegría, la tristeza y el miedo, entre otras": Cfr. Facundo Manes. ¿Cómo actúan las emociones? (Conferencia), Buenos Aires, YouTube, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=2zzGc-AYKEQ, consultado en noviembre 25 de 2018.

[615] También de una manera más amplia, pero muy especialmente dando cuenta de los experimentos neurocientíficos sobre los llamados "dilemas morales", en Facundo Manes. Los enigmas del cerebro Parte 1 y Parte 2 (Documentales), Buenos Aires, C5N, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=cm0lgK_PHuk y https://www.youtube.com/watch?-v=U75CKGdli44, respectivamente, consultado en noviembre 25 de 2018.

[616] También Fuster, ob. cit.

[617] Sobre las enfermedades que afectan la memoria: Elkhonon Goldberg. La paradoja de la sabiduría (Entrevista), Eduardo Punset, Redes Atrévete a saber, 2013 en https://www.youtube.com/watch?v=uX4d8rIbem0, consultado en noviembre 28 de 2018.

[618] Complementos en Manes, ¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura?, ob. cit.

[619] "Emociones como la venganza, la compasión o el amor son conductas que han ayudado al ser humano a sobrevivir en comunidad desde hace muchos miles de años. Incluso la moral es una herramienta heredada biológicamente para consolidar una sociedad.

rales”[620]. Emoción y sentimiento, por un lado y razón y lógica, por otro, no son incompatibles sino necesarios en la toma de decisiones conscientes e inconscientes en tanto son parte del comportamiento básico humano como lo es la supervivencia, en tanto contribuye a la sensatez de la decisión, que no excluye lo emocional[621].

14) Aprendizaje dependiente de la relación y contacto personal entre profesor y alumno, el cual está movido por la motivación, la inspiración y el ejemplo que se transmite; el contacto personal es clave para motivar y crear empatía, lo cual se demostró con el llamado experimento chino en Estados Unidos[622]-[623]. El aprendizaje depende del coeficiente intelectual, pero este no lo determina, pues existen otros factores que no son medibles y que van asociados a las emociones[624].

15) La toma de decisiones implica:

i) una tensión y negociación entre la tentación a corto plazo –*inmediata*- asociada a la recompensa o al castigo, vinculada con el cerebro reptiliano en gran medida, que genera la “miopía de futuro” y el largo plazo gobernado por el lóbulo frontal.

ii) Es intuitiva o inconsciente, automática,

Desde una perspectiva multidisciplinar que abarca la neurobiología, la psicología, la antropología y la lingüística, Hauser defiende la existencia de unos principios morales universales que rigen nuestras decisiones y juicios a la hora de distinguir el bien y el mal”, dice Punset desde la psicobiología: Marc Hauser. ¿Existe una moral innata? [Entrevista], Eduardo Punset, Redes 03 Atrévete a saber, 2012 en https://www.youtube.com/watch?-v=-Aks0rU5u_w, consultado en noviembre 28 de 2018.

[620] Cfr. Fabricio Ballarini. TMN Neurociencias y dilemas morales [Entrevista], Columna de Neurociencia,
mygct, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=j0gcsVGxAIM, consultado en noviembre 28 de 2018. También, sin tener alcances científicos pero poniendo el acento en la problemática, sobre dilemas morales: 6 Dilemas morales que te pondrán en aprietos ¿Qué harías tú? en https://www.youtube.com/watch?v=qLnxlfXa-lg, consultado noviembre 28 de 2018 y Dilemas éticos y filosóficos en https://www.youtube.com/watch?v=Y4K9F5X-tHKk, consultado noviembre 28 de 2018.

[621] Cfr. DAMASIO, Diálogos con Antonio Damasio, ob.cit.

[622] Complementos en Manes, Entrevista al Programa Radial Entre el cielo y la tierra, ob.cit.

[623] Da cuenta de un experimento realizado en Estados Unidos donde, un grupo de niños norteamericanos que solo conocían su idioma, fue divido en tres partes: unos recibían clases de Mandarín directamente de un profesor chino, otros, la recibían del mismo por audio video y, finalmente, el tercero también pero solo en su modalidad de audio; resultando que el éxito en los primeros fue evidente, hablaban como un niño que aprende a hablar en su cultura, mientras los miembros de los otros dos grupos muy difícilmente se diferenciaban de quienes no hubiesen recibido dichas clases: Cfr. FACUNDO MANES. El cerebro humano y el valor del conocimiento. Sociedad del conocimiento [Conferencia], Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 2015 en http://www.uncuyo.edu.ar/centroasuntosglobales/conferencia-el-cerebro-humano-y-el-valor-del-conocimiento, consultado en noviembre 18 de 2018.

[624] Complementos en Manes, ¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura?, ob.cit.

dependiente de la memoria y la emoción vinculadas con la experiencia previa. Las emociones nos permiten, dado su funcionamiento inconsciente, operar con lo que se denomina "piloto automático", pues el gasto energético y la necesidad de responder rápidamente ante situaciones que amenacen nuestra supervivencia y, además, la emoción actual guía nuestro comportamiento, de allí la necesidad de equilibrar emociones y razón, es decir, recompensa a corto plazo con beneficios a largo plazo o planificados. El cerebro primitivo impulsa hacia la recompensa inmediata y el corto plazo, por el contrario, al largo plazo lo gobierna el lóbulo frontal; la recompensa inmediata genera "miopía del futuro"; tenemos que concentrarnos en el largo plazo[625]. "No podemos racionalizar todas y cada una de las tomas de decisiones y cada sello emocional que vivimos nos deja una huella en la memoria[626].

Con todo, el lóbulo frontal, aquella parte del cerebro que se dice no hace humanos, centro de integración de todas las funciones cerebrales, se encarga entre muchas, de "adaptar socialmente los impulsos innatos que tenemos", esto es, se encarga de nuestro control social[627]. Se encarga de la integración social y de la conexión humana, pero también del control de cambio voluntario del "piloto automático" o de los comportamientos inconscientes[628].

Así las cosas, el paradigma del mundo actual es el conocimiento y, por supuesto, el mayor capital de una Nación son los "cerebros" de sus ciudadanos. Ineludiblemente las políticas públicas, si quieren tener bases científicas e incidir realmente en la sociedad, deben ocuparse de todos los anteriores temas[629], puesto que, en fin, "la riqueza es el capital mental de la ciudadanía"[630]. Debe asumirse, como tiene que ser, según Facundo Manes, una "Revolución del Conocimiento" como Política Pública, donde la educación, la ciencia, la tecnología y la innovación sean la "base del desarrollo social"[631]-[632].

---

[625] Complementos en Manes, Las neurociencias y la toma de decisiones, ob.cit.

[626] Complementos en Manes, ¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura?, ob.cit.

[627] Cfr. Facundo Manes. Lo que nos hace humanos: secretos del lóbulo frontal (Conferencia), Buenos Aires, TEDx Talks, 2012 en https://www.youtube.com/watch?v=r5M018pEkL4, consultado en noviembre 25 de 2018.

[628] Cfr. Facundo Manes. Charla abierta sobre el libro El futuro del cerebro (Conferencia), Lanús, Secretaría de Desarrollo Social, 2018 en YouTube, consultado en noviembre 25 de 2018.

[629] Complementos en Manes, Las neurociencias y la toma de decisiones, ob.cit.

[630] Complementos en Manes, Entrevista al Programa Radial Entre el cielo y la tierra, ob.cit.

[631] Facundo Manes. Presentación de su libro, con Mateo Niro, El cerebro argentino, Tandil, Cámara Empresarial, 2016 en http://www.camaraempresaria.org.ar/novedad-exitosa-presentacion-de-facundo-manes-en-tandil-340.html#, consultado noviembre 24 de 2018.

[632] Cfr. Facundo Manes. Innovación y Creatividad. Claves del Futuro en la Presentación del libro, con Mateo Niro El cerebro argentino (Conferencia), San Juan, Fundación Sanatorio Argentino, 2016 en https://www.youtube.com/watch?v=bXlBmEMe-OY, consultado en noviembre 25 de 2018.

Capítulo2
Neurociencias y consciencia humana

Con el descubrimiento de Dart sobre el Niño de Taung en 1924, se ponía de presente la premonición de Darwin sobre el origen del hombre moderno en África[633]. Ya hoy no se discute que el continente es la "cuna de la humanidad", especie que se caracteriza por su adaptabilidad al entorno, la cooperación y, muy especialmente, por la producción y el uso del fuego[634].

También en África se encontraron fósiles de hace noventa a cuarenta mil años, lo que confirma que el hombre moderno evolucionó en el lugar donde el Padre de la evolución lo había predicho, desde hace unos doscientos mil o ciento cincuenta mil años, todo lo cual se ha corroborado con los modernos estudios genéticos de ADN de las poblaciones humanas, ancestros avanzados en pensamiento cognitivo, especialmente en la fabricación de sofisticados elementos de piedra y ya, con el comportamiento humano moderno cooperativo, como los de la realización de la pesca y la extracción y utilización, ceremonial y como adorno para pintura en el cuerpo, de pigmentos de color rojo como el almagre que simboliza la sangre, así como lo que al parecer es el primer intento de crear arte con dibujos de animales, muestras irrefutables de pensamiento simbólico[635].

Se afirma que, hace unos dos millones de años, por virtud de la evolución de las especies que Darwin puso de presente, los ancestros humanos como los *australopithecus* sufrieron cambios importantes, muy especialmente a partir del hueso *esfenoide* del cráneo, mismo que antes aparecía en los fósiles anteriores en una posición casi horizontal, época a partir de la cual comenzó un proceso paulatino de inclinación hacia atrás, lo que implicó un cambio de la forma del cráneo, la frente, el rostro y las mandíbulas humanas, cambios apenas recientemente apreciados por la paleontóloga Anne Dambricourt Malasse –fenómeno filogenético- y la ortodoncista Marie-Josephe Deshayes -fenómeno ontogenético-, cada una de manera independiente[636].

Lo anterior, entre otros cambios biológicos, implicó i) la variación de la posición de la laringe, que terminó favoreciendo las

[633] Cfr. Wegener Fermi. ¿Qué es el eslabón perdido en humanos? (Documental), en https://www.youtube.com/watch?v=P9VdvQw0Ai4, consultado noviembre 19 de 2018.

[634] Cfr. Niobe Thompson. Hábitat-1 El Nacimiento de una Especie (Documental), en https://www.youtube.com/watch?v=pxbvd30Dp4k, consultado noviembre 19 de 2018.

[635] Cfr. GLOUTH JAEGUER. Historia de la evolución humana (Documental), en https://www.youtube.com/watch?v=0SDtMPVVqwk, consultado noviembre 19 de 2018.

[636] Cfr. Anne Dambricourt Malasse y Marie-Josephe Deshayes. Homo futurus ¿Cómo seremos en el futuro? (Documental de Odisea) en https://www.youtube.com/watch?v=bU-QmbLCeVmU, consultado noviembre 19 de 2018.

condiciones físicas para la aparición del lenguaje; ii) una inserción de los huesos de la columna vertebral que conllevaría a una perfecta posición erguida y iii) la ampliación de la caja craneana y por supuesto del volumen del cerebro humano.

Entre hace 40 000 y 50 000 años el cerebro de nuestros ancestros sufrió una o varias mutaciones genéticas que superaron el anterior periodo, aquel en el cual la ocupación principal en la creación de instrumentos, estaba dirigida a un tema de estricta supervivencia, produciendo un *big bang* de la creatividad de la mente, toda vez que el registro antropológico revela la creación de cuentas y la aparición del arte, lo cual se asocia con las identidades sociales de los grupos humanos y la aparición de la vida simbólica en tanto expresión de algo sobre sí mismo, lo cual inaugura una serie de nuevas habilidades humanas anteriormente no existentes, pues la tecnología se ha puesto al servicio de nuevos cometidos. También surge, por virtud de esta nueva habilidad, la capacidad de, en cierta forma, leer el pensamiento de sus semejantes, de detectar el engaño de los otros o atribución de una creencia falsa –Teoría de la mente-, lo que se constituye en una poderosa fuerza evolutiva que implicará una espiral ascendente en la evolución social al lado del lenguaje oral, como comunicación simbólica más allá de la emocional, esto es, lenguaje dotado de sintaxis y por tanto con capacidad de transmitir significado; lenguaje con propósito evolutivo social a través, particularmente, del cotilleo, transmisión del conocimiento técnico de manera efectiva y la facilitación de la cooperación social. Los memes, como expresiones del proceso evolutivo cultural dotados de significado, se transmiten de manera análoga en todo el grupo social al igual que sucede con los replicantes biológicos que conforman el ADN, nueva forma de darwinismo según se concibe por Danwkins, como un importante motor del progreso social y la cultura, al igual que actúan en ayuda de evitar las fuerzas biológicas de la evolución e implican tomar en cuenta como nuevo motor de progreso a la llamada evolución mimética[637].

El diálogo del ser humano consigo mismo, facilitado por el lenguaje, es hoy un reto para la ciencia, muy a pesar de que, de antaño, todos lo sabemos como cierto por ser una experiencia subjetiva, hace parte de lo que denominamos *qualia* como característica propiamente humana, ausente en las máquinas, hasta el punto que para muchos determina la existencia de consciencia en un mínimo grado, muy a pesar de que en algunos casos clínicos el cuerpo en su totalidad se encontraría desconectado de las funciones psicológicas superiores, tal como sucedería con el síndrome de enclaustramiento, como resulta ser el caso recreado en la película *La escafandra y la mariposa*, donde está presente e íntegro el llamado "pensamiento abstracto complejo"[638].

[637] Cfr. Wegener Fermi. ¿Cómo la evolución biológica desarrolló la mente humana? [Documental], en https://www.youtube.com/watch?v=bLrIDi5Uo5M, consultado noviembre 19 de 2018.

[638] Anil Seth. La creación del yo. Una nueva ciencia de la conciencia, Albino Santos Mosquera [Trad.], Madrid, Sexto Piso, 2023, pp. 25 y ss, particularmente pp. 59 a 65.

Francisco Capella afirma que la vida se predica de agentes autónomos y autopoiéticos, esto es, capaces de moverse y regidos por la autogeneración. Los mismos, ya en un grado avanzado evolutivo, aparecen dotados de un sistema cognitivo –sistema nervioso y cerebro- para procesar información compleja y en cantidad proveniente del entorno a través de la memoria, la imaginación y la capacidad de acción intencional al servicio de la supervivencia, donde la mente opera como un simulador virtual ante las hipótesis que el sujeto se propone hacia el futuro, a lo que se suma, posteriormente, la evolución mimética y la cooperación y solidaridad social, surgiendo también los sentimientos morales frente a los demás, que otorga la capacidad de valorar en forma positiva o negativa un comportamiento o una cosa percibida por virtud de las emociones; verdaderas herramientas morales al servicio de la supervivencia, destacando el altruismo inteligente o recíproco. Así, las emociones, son herramientas morales que permiten la cooperación y se encuentran provistas para suministrar el equilibrio necesario respecto de las relaciones propias con los demás, movidas entre la cooperación y la posibilidad de engaño de otros, como lo destaca la psicología evolucionista, lo que dota al hombre de una gran capacidad para resolver problemas. Pero además, la mente adquiere la capacidad de imitación, lo que da lugar a la cultura, donde unos crean y todos los demás copian, por virtud y razón de la memética donde las ideas, datos y demás información y conocimiento saltan de mente en mente, constituyéndose en la parte de su funcionamiento más flexible, de lo cultural, como fundamento muy potente de los sentimientos morales, contrario a la mente que se relaciona con los temas puramente biológicos, donde los discursos morales pueden o no coincidir con los discurso morales actuales, puesto que algunas veces estos tocan contra nuestras más instintivas emociones[639].

Para Antonio Damasio la consciencia y sus elementos se derivan de lo que perdemos cuando estamos inconscientes, tal como sucede en el sueño o bajo los efectos de la anestesia y respecto del funcionamiento del tronco encefálico:

i) Un flujo de imágenes mentales como patrones sensoriales.

ii) La sensación de la experiencia subjetiva o el "yo", el tener el "sí mismo" dentro de la mente; las imágenes mentales son la esencia de la memoria una vez han sido almacenadas, lo que ocurre igual para los demás sentidos. Sucede algo parecido a lo que ocurre a nivel inconsciente o de nuestro interior corporal, pero aquí se requiere cierta permanencia o estabilidad de la mismas, como sucede respecto de las imágenes –mapas neuronales- de nuestro sistema biológico atendiendo a que el cuerpo –que es uno solo- para que funcione adecuadamente debe existir "uniformidad fisiológica" y por supuesto, la regulación de la vida o muerte del organismo biológico depende de ello; y, con respecto a la memoria, para que surja y

[639] Francisco Capella. Evolución moral de la mente (Conferencia), Guatemala, New Media Universidad Francisco Marroquín, 2008 en https://newmedia.ufm.edu/video/evolucion-moral-de-la-mente/, consultado noviembre 19 de 2018.

funcione adecuadamente el "sí mismo" de una manera estable, ante los cambios múltiples del entorno, necesita crear la idea de permanencia y uniformidad del "yo", lo que resulta mucho más complejo. El sí mismo se forma a partir del a) "proto-yo"; b) el "yo-central"; y, c) el "yo auto-biográfico"; siendo los dos primeros muy comunes en otros animales con cierto cerebro evolucionado y formado principalmente a partir de la actividad del tronco encefálico, mientras que el tercero es propio de aquello cerebros con neocortex como cetáceos y primates, pero fundamentalmente evolucionado en el hombre, a partir del cual surge la actividad cognitiva que recuerda el pasado y proyecta el futuro con la memoria ampliada, el razonamiento, la imaginación, la creatividad y el lenguaje, en fin, dando origen a la llamada regulación socio-cultural que emula funcionalmente en cierta forma a la fisiológica, para lo cual crea instrumentos producto de la curiosidad y su funcionamiento permanente a través de la memoria y la sociabilidad como la religión, el comercio, la tecnología, la moral, el arte, la justicia, la ciencia, entre otros.[640].

"A menudo, no somos conscientes de las razones y las causas de nuestro propio comportamiento", dice John Bargh, para explicar cómo nuestro inconsciente –nuestros actos más cotidianos como los automatismos o sentimientos más profundos- está ligado a nuestro más antiguo sistema evolutivo, al que sobrevino el consciente, pero este no reemplazó o dejó de lado a aquél, sino que el inconsciente le sirve al consciente incluso generando ideas e hipótesis. El yo o consciencia es la última creación del inconsciente, su producto más sofisticado, la creación de una mente compleja; nos ayuda a entender el entorno y a tomar decisiones rápidas, operando como un piloto automático. Antes se creía que utilizábamos el inconsciente de manera limitada y por norma general, era el inconsciente el que guiaba los actos de la vida más complejos, no obstante hoy, por virtud del refinamiento de los experimentos psicológicos y la técnica de neuroimágenes se sabe que en gran medida el inconsciente se ocupa tanto de actos o procesos cognitivos de la vida sencillos como complejos y de las emociones, sirviendo por supuesto a la consciencia, dada la necesidad de ser eficaz en la vida y la supervivencia, pues mientras el consciente solo es capaz de procesar información en una máximo de 50 bites por segundo, el inconsciente lo hace a la astronómica suma de 11 millones de bites por segundo, sin darnos la más mínima cuenta de que ello está sucediendo. El inconsciente lo hace casi todo y la consciencia se ocupa de pocas cosas, pero las mismas resultan fundamentales como el proceso de abstracción, a través del cual se retrocede al pasado por virtud de la memoria para efectos de la experiencia y su debido aprovechamiento o se viaja al futuro, para efectos de la planeación[641], la creatividad, el conoci-

[640] Cfr. Antonio Damasio. La búsqueda por comprender la consciencia (Conferencia), Long Beach, TED Talks, 2012 en https://www.youtube.com/watch?v=cqXMORKPQGA, consultado diciembre 1 de 2018.

[641] "El antiguo inconsciente, al que nos acostumbró Freud, era oscuro y estaba limitado a funciones accesorias de nuestro comportamiento. El nuevo inconsciente, el que nos

miento y la posibilidad de trascender[642].

Se ha descubierto, según Bargh, que existen muchas similitudes entre los procesos inconscientes y conscientes, o al menos como trabajan juntos, puesto que parece que lo consciente recurre al inconsciente. Como si los procesos conscientes utilizaran los inconscientes, la misma mente el mismo cerebro, pero diferente al planteamiento freudiano donde la inconsciencia interfería en la consciencia, puesto que aquí todo indica una sincronía, entre ambas donde la mente puede acceder conscientemente a los procesos que muchas veces se realizan inconscientemente[643].

Influye en la concepción del libre albedrío, pero, hasta ahora, no se ha demostrado que este no exista. No somos malos ni somos buenos por naturaleza, en tanto así lo demuestran los últimos estudios, simplemente se ha demostrado que existen personas malas *-psicópatas-*, lo único cierto es que, si se le da la oportunidad a una persona de hacer algo deshonesto y sacar ventaja de ello, podría hacerlo, lo que hace necesarios a los sistemas morales y legales[644].

Hoy todo lo anterior, que hace parte de los fundamentos de la individualidad, dice Facundo Manes, son objeto de estudio de la neurociencia. Para el efecto se destaca, entre otros fenómenos relacionados con el testimonio, la capacidad o habilidad que tienen las personas para ser empáticas, esto es, adentrarse en la mente del otro y así percibir y reconocer sus intenciones al poder leer, de cierta manera, su pensamiento e inferir sus sentimientos[645].

---

descubre la ciencia de hoy, es nuestro mejor aliado a todas horas. Eduardo Punset discute con el psicólogo John Bargh sobre el nuevo inconsciente, y nos revela lo lejos que estamos de conocer las verdaderas razones de nuestros actos", dice Punset: John Bargh. El experto y sabio inconsciente (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 45 Atrévete a saber, 2018 en https://www.youtube.com/watch?v=w_x5-ZCn_Xc, consultado en diciembre 1 de 2018.

642 Damasio, La búsqueda por comprender la consciencia, ob. cit.

643 Bargh, El experto y sabio inconsciente, ob. cit.

644 Bargh, El experto y sabio inconsciente, ob. cit.

645 Facundo Manes y Mateo Niro. Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor, Bogotá, Editorial Planeta, 2014, pp. 26, 27 y 64.

Capítulo 3
Neurociencias de la memoria y el saber actual

Punset afirma que la memoria es buena para dar cuenta de la impresión general de las cosas, pero no para los detalles, puesto que es muy imprecisa, asunto que parece desconocer la administración de justicia[646].

La percepción no sirve a la idea de una visión fotográfica o cinematográfica del mundo, en realidad su registro no es fidedigno puesto que, como mucho, vemos solo dos cosas en un momento dado, apenas tenemos la sensación de verlo todo; pero sí es muy eficaz, para ayudarnos a sobrevivir[647]. La memoria da cuenta de la impresión general de lo percibido, es imprecisa y resulta cuestionable la importancia que se le otorga en la Administración de Justicia, toda vez que no da cuenta, por lo general, de los detalles[648].

Las llamadas neuronas de conceptos, descubiertas por Rodrigo Quian Quiroga, se constituyen en un aspecto determinante para el entendimiento hoy en día de lo anterior, habida cuenta que son la base neurocientífica para comprender cuál es la razón para que, por lo general, no guardamos los detalles de lo percibido.

Los descubrimientos de los investigadores, validos de la tecnología de punta más sorprendente y jamás advertida por el común de las personas por más entusiastas del futuro que fueran, pero sí por los escritores de ciencia ficción, informan y explican científicamente de manera concreta y específica muchas intuiciones o conocimientos empíricamente captados a través de la causalidad general en el curso de la historia de la civilización, pero nunca de cara a la causalidad específica, lo cual ya hoy es posible en innumerables campos del conocimiento[649]. No es menos cierto, igualmente, que la paleantropología ha dado cuenta de muchas de las características esenciales del ser humano -respeto, cooperación, tolerancia,

[646] Eduardo Punset. La importancia de nuestra memoria (Conferencia), Puebla, La Ciudad de las Ideas (CDI), 2009 en https://www.youtube.com/watch?v=epnrUHpg1JU, consultado en noviembre 30 de 2018.

[647] Kia Nobre. El cerebro construye la realidad (Entrevista), Eduardo Punset, Redes Atrévete a saber, 2012 en https://www.youtube.com/watch?v=1MxMPkK-jYw, consultado en noviembre 30 de 2018.

[648] Eduardo Punset. La importancia de nuestra memoria en CDI 2009, 2017 en https://www.bing.com/search?q=EDUARDO+PUNSET.+"La+importancia+de+nuestra+memoria"&cvid=-d627bfe13f43417ab80f67508ce3b875&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCDcwNjJ-qMGo5qAIAsAIA&FORM=ANAB01&PC=HCTS, consultado en noviembre 17 de 2023.

[649] Rodrigo Quian Quiroga. Neuro Ciencia Ficción. Cómo el cine se adelantó a la ciencia, Buenos Aires, Sudamericana, 2018.

diversidad y originalidad y cuidado del planeta-, en una paciente y sistemática investigación[650], por lo que, en concepto de Juan Luis Arsuaga hay que insistir en las aspiraciones y metas de la ilustración[651].

Se discuten sus resultados en temas tan gruesos y nucleares como los experimentos que conllevan a cuestionar la libertad de la voluntad humana en su versión del libre albedrío metafísico, fundamento del derecho penal y del concepto de libertad moral en otros tiempos, temas abordados por nuestros estudios anteriores, en los cuales tomamos partido por la existencia de una libertad de la voluntad en términos empíricos y no metafísicos[652-653], lo cual hoy puede recibir un apoyo en otro campo definitorio para el entendimiento del ser humano y sus especificidad en el ámbito biológico de las diferentes especies, como lo es el descubrimiento de ciertas neuronas que se encuentran en el hipocampo, parte del cerebro donde se ubica en mayor medida los focos de epilepsia en quienes padecen tal enfermedad, cuyos estudios experimentales por medio de la colocación de electrodos específicos en grupos de neuronas permitieron identificar lo que en el argot popular de la divulgación de los descubrimientos se llamó la "neurona de Jennifer Aniston"[654], toda vez que, al pa-

[650] Juan Luis Arsuaga. El hombre su esencia y su evolución en BBC Conferenciantes Compartiendo Talento, Fundación Create, 2017 en https://www.bing.com/videos/search?q=JUAN+LUIS+ARSUAGA.+"El+fascinante+viaje+de+la+especie+humana"+&refig=d180dac9655446ccb0997c0a3508456d&pc=HCTS&ru=%2fsearch%3fq%3dJUAN%2bLUIS%2bARSUAGA.%2b%2522El%2bfascinante%2bviaje%2bde%2bla%2bespecie%2bhumana%2522%2b%26form%3dANSPH1%26refig%3dd180dac9655446ccb0997c0a3508456d%26pc%3dHCTS&view=detail&mmscn=vwrc&mid=F44E111448FD6F2C1EA1F44E111448FD6F2C1EA1&FORM=WRVORC, consultado octubre 16 de 2023.

[651] Juan Luis Arsuaga. "Seamos contemporáneos, vivamos conscientemente nuestro momento" en Aprendamos Juntos 2030, BBVA – El País, 2019 en https://www.bing.com/videos/search?q=JUAN+LUIS+ARSUAGA.+"El+fascinante+viaje+de+la+especie+humana"+&refig=d180dac9655446ccb0997c0a3508456d&pc=HCTS&ru=%2fsearch%3fq%3dJUAN%2bLUIS%2bARSUAGA.%2b%2522El%2bfascinante%2bviaje%2bde%2bla%2bespecie%2bhumana%2522%2b%26form%3dANSPH1%26refig%3dd180dac9655446ccb0997c0a3508456d%26pc%3dHCTS&view=detail&mmscn=vwrc&mid=A27E8E3FED664F2FC591A27E8E3FED664F2FC591&FORM=VDRVRV&ajaxhist=0, consultado octubre 16 de 2023.

[652] Así en Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero. Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022, en Conclusiones y Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero. Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 123 y ss.

[653] Gómez Pavajeau, Neuroderecho penal y disciplinario, ob. cit, pp. 87 y ss.

[654] Y ello tiene que ver, fundamentalmente con la idea de tener un "cerebro social", con una dotación evolutiva para responder al "sistema social": Juan Luis Arsuaga y Rodrigo Quian Quiroga. ¿Qué nos hace humanos? en Home>Debates/Conferencias>, La Térmica Centro de Cultura Contemporánea – Diputación Provincial de Málaga, 2022 en https://

ciente en quien se llevaban a cabo las pruebas de activación cerebral necesaria para localizar focalmente el sitio donde se desencadenaban las crisis epilépticas, le fueron detectadas una neurona o grupo de neuronas que se disparaban al reconocer la imagen del personaje mencionado, no ya solo a partir de los detalles de su físico, pues se activaban ante diferentes fotografías en diferentes posiciones, sino también al leer su nombre y al escuchar el nombre a través de una voz sintetizada en el computador[655].

Al no responder a las minucias, se concluyó que tales neuronas basan su actividad en conceptos o principios más allá de los detalles, con alcances de abstracción, que ratifica muy bien lo que ya se tenía acreditado respecto de la percepción donde lo realmente captado a partir de los estímulos del mundo exterior es cercano al 10 por ciento de lo representado, el resto es una construcción cerebral a partir de inferencias producto de la experiencia del sujeto[656]. Así, algo similar sucede respecto de la evocación de la memoria, como en la percepción no se centra en los detalles, sino en lo que resulta esencial para el conocimiento como son los conceptos y los principios abstractos, a partir de los cuales el recuerdo no es una fotografía o estática de lo que se almacenó y consolidó en la memoria a largo plazo, sino algo dinámico y cambiable, que se le renueva vida a partir de cada evocación utilizando lo abstraído para a través de inferencias, reflejar el recuerdo no en términos de detalles, toda vez que ello sería imposible almacenarlo dada la altísima capacidad requerida para ello, perdiendo eficacia la funcionalidad cerebral[657], toda vez que precisamente los casos de memorias privilegiadas al extremo de recordar todos los detalles resultan patológicas desde el punto de vista neurológico, haciendo disfuncionales –"*Funes el memorioso*" del cuento de Borges- a quienes las padecen[658], pues la memoria más que capacidad de recordar es la habilidad de olvidar aquello circunscrito al detalle y codificarlo de manera conceptual o principialístamente[659].

---

www.youtube.com/watch?v=Qm0Ts2fKA3M, consultado octubre 16 de 2023. La sociabilidad humana, como esencia de la evolución ha desplazado la idea del ser humano mirado en su esencia de ser depredador, cazador y carnívoro como impulso para el cambio, hacia sociedades cooperativas según Juan Luis Arsuaga. La esencia humana en YouTube, 2019, en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Juan%20Luis%20Arsuaga%20La%20esencia%20humana&mid=649727DB080A10BA6BEA649727DB080A10BA6BEA&ajaxhist=0, consultado octubre 16 de 2023 y Juan Luis Arsuaga. El fascinante viaje de la especie humana en Conferencias 2008 Temas de Nuestro Tiempo, Fundación Caja Duero, 2012 en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Juan%20Luis%20Arsuaga%20La%20esencia%20humana&mid=4DFE641DF8FB88C01E664DFE641DF8FB88C01E66&ajaxhist=0, consultado octubre 16 de 2023.

655 Cfr. Quian Quiroga, Neuro Ciencia Ficción, ob. cit, pp. 12, 13, 37, 45, 50, 56, 65, 121, 123, 128, 285, 287, 288 y 291.

656 Cfr. Rodrigo Quian Quiroga. Qué es la memoria, Barcelona, Ariel, 2018, pp. 31 a 46 y 47 a 61.

657 Cfr. Quian Quiroga, Neuro Ciencia Ficción, ob. cit, pp. 267 a 305.

658 Cfr. Quian Quiroga, Qué es la memoria, ob. cit, pp. 97 a 102.

659 Cfr. Quian Quiroga, Qué es la memoria, ob. cit, pp. 63 a 84.

Pero muy importante, además, es que si se asociaba o relacionaba a otras personas o cosas con el concepto o el principio muy rápidamente también se activaban las mismas neuronas, lo que quiere decir que las asociaciones se constituyen en mecanismo definitorio de la memoria, lo que devela que es el concepto abstraído el que funge como mecanismo de la evocación efectiva y eficiente de la memoria y no los detalles. Se produce, dice Quian Quiroga, el descubridor de las neuronas de conceptos, una "explosión combinatoria: cada concepto da lugar a una variación de conceptos más específicos; cada uno de estos, a su vez, se divide en otros tantos, y así sucesivamente"[660].

Este tipo de neuronas parece ser exclusivo de la especie humana, muy a pesar de la utilización de muchas especies de animales en experimentos similares, incluidos los más cercanos a nuestra especie, pero hasta el momento no se han detectado las neuronas conceptuales en ellos[661]; neuronas a través de las cuales se llega a la "codificación de conceptos" y "codificación de asociaciones"[662]. Si ello es así, indudablemente, las neuronas conceptuales cumplen un papel significativo y determinante en la evocación de los recuerdos y en la operatividad de la memoria, pues ante un estímulo, dado el estado, permanente de latencia de la memoria, inconscientemente "una red de memoria se reaviva cuando se recupera por el recuerdo o el conocimiento: un estímulo o un grupo de estímulos , cuya representación cortical se ha convertido en parte de la red, reactivará esta representación y, por asociación, el resto de esa red. Ni siquiera es necesario que los estímulos activadores ni la memoria activa sean plenamente conscientes"[663].

Tales desarrollos han adquirido un gran reconocimiento científico, como lo acredita Satanislas Dehaene, neurocientífico francés que dirige el laboratorio más avanzado del mundo en la actualidad para la realización de pruebas con la tecnología de punta de imagenología por resonancia magnética funcional[664].

Los recuerdos responden a percepciones reales, pero también a situaciones ficticias, ligados al lenguaje, por ello los recuerdos antes de los seis (6) años no son posibles o resultan totalmente inconexos en cuanto el lenguaje no se ha formado del todo, pues los recuerdos van de la mano del lenguaje, toda vez que este es el que ayuda a estructurarlos. Los recuerdos pueden desaparecer en la consciencia, pero pueden influir inconscientemente, están allí en el cerebro. Existen falsos recuerdos y están ligados a la identidad personal, que pueden ser manifiestamente falsos o sospechosos, esto es, aquellos en los cuales están más vinculados a una experiencia emocional que a una experiencia real proveniente del mundo, toda vez que los recuerdos no responden a una

[660] Cfr. Quian Quiroga, *Qué es la memoria*, ob. cit, p. 29.
[661] Cfr. Quian Quiroga, *Neuro Ciencia Ficción*, ob. cit, pp. 303 a 305.
[662] Cfr. Quian Quiroga, *Qué es la memoria*, ob. cit, pp. 141, 143 y 144.
[663] Emilio García García. *Memoria. Recordar y olvidar* en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021, p. 50.
[664] Cfr. Dehaene, Con ustedes, !Nuestro Cerebro¡, ob. cit.

instantánea literal. Reales, no fiables o no reales, lo que recordamos, contribuye a construir nuestra biografía e identidad[665].

También los sesgos cognitivos son asuntos preocupantes para la operatividad, credibilidad y falibilidad de la memoria y el recuerdo, puesto que, podría decirse, estamos propensos a crear que todo fenómeno que observamos o tiene ocurrencia, tiene una causa[666]. Somos hábiles para detectar patrones y para inferir las causas supuestas de las cuales provienen, a partir de lo que se puede afirmar que nuestro cerebro está creando realidad; allí, en la interpretación de la realidad, intervienen muchos procesos inconscientes, mismos muy evidentes en la niñez, pero que persisten para toda la vida. En igual sentido, ante el anterior sesgo cognitivo, referido a la causalidad, correlacionado con él producto del viejo animismo, tienden fuertemente los niños y ello, en ciertas forma se conserva en la adultez, a asignar intencionalidad o animosidad a los objetos en general, incluidos los inanimados[667]. Allí podrían radicar el "para qué" como pregunta por la causa final aristotélica, que tanto prejuicio causó al conocimiento, por lo que resultó erradicada en la ciencia moderna.

Con todo, se viene afirmando que, lo intuitivo -inferencia inconsciente- no es tan irracional muy a pesar de no utilizar las reglas de la lógica. Incluso a veces puede resultar más adecuada que la guía a partir de probabilidades o regresión múltiple, a veces más eficaces que las mismas decisiones racionales en situaciones de incertidumbre y urgencia. Se funda en la heurística de reconocimiento, basada en escoger aquello que tenga algún reconocimiento frente a lo que

[665] Martín Conway. Cómo construimos los recuerdos (Entrevista), Eduardo Punset, Redes N. o 136 Atrévete a saber, 2013 en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=MART%c3%8dN+CONWAY.+%e2%80%9cC%c3%b3mo+construimos+los+recuerdos%e2%80%9d+%2c+EDUARDO+PUNSET%2c+Redes+No+136+&&mid=9F8AF37357EAFA0E52B29F8AF37357EAFA0E52B2&&FORM=VRDGAR, consultado en noviembre 17 de 2023.

[666] Por ejemplo, dada la capacidad de comprender el pasado, el presente y el futuro, así como también de ordenar secuencialmente los hechos buscando constancias y regularidades de los fenómenos físicos y biológicos, encontrándose "agentes" por todas partes, existe "la tendencia universal del ser humano a atribuir intenciones, reacciones, pensamientos, e incluso consciencia a animales, a plantas y a multitud de fenómenos naturales -y a veces artificiales-, no sería por tanto otra cosa que el resultado de aplicar al mundo que nos rodea unos mecanismos surgidos inicialmente para la comprensión de las sociedades humanas", lo cual, podría decirse se encuentra enraizado en las memorias filogenética y ontogenética, donde autoasociativamente "unos contenidos activan otros de forma automática y en función de su mayor o menor relación", de tal manera que la memoria pareciera funcionar más con la "cosecha de adentro" que de lo percibido desde afuera: Juan Luis Arsuaga y Manuel Martín-Loeches. El sello indeleble. Pasado, presente y futuro del ser humano, Barcelona, Penguin Random House 2022, pp. 192, 199, 200, 214 y ss, 235, 265.

[667] Bruce Wood. Programados para creer (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 39 Atrévete a saber, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=mZTaeEuEnCM, consultado en noviembre 18 de 2023.

no lo tiene, cuando no se tiene mucha información y no es viable obtenerla o la misma nos atiborraría de datos[668].

El estrés, especialmente crónico, contribuye a generar memorias falsas[669]. No pocas patologías neurológicas conllevan a que, incluso los expertos que entienden y comprenden a cabalidad el tema, sufran visiones donde se da por percibido fenómenos o cosas que no han tenido ocurrencia, lo cual por supuesto, da pauta razonable para pensar lo relevante qué puede ser ello para el común de las personas que no tienen esos conocimientos[670].

Daniel Schater parte, como bien se ha establecido, de que la memoria no es un fiel registro de las experiencias vividas, el cerebro crea, completa e inventa para dar coherencia al pasado, pero, ahora, se viene estableciendo que lo que ahora se "está demostrando es que si la memoria nos falla y nos juega malas pasadas, es para unificar mejor nuestro yo presente con el del pasado, incluso con el del futuro"; sin memoria no hay vida ni futuro.

Existen tres tipos de olvido por omisión, cuyas especies son:

i) La transitoriedad -debilidad debido al paso del tiempo.

ii) Distractibilidad -no se presenta atención a lo que se hace.

iii) Bloqueo -cuando tenemos algo en la consciencia, pero no lo podemos actualizar, especialmente cuando se trata de nombres.

Y cuatro por comisión o adaptativos, olvidar para hacer espacio a otra información, como son:

iv) Por atribución errónea, recordamos el hecho correctamente, pero fallamos en la identificación de la fuente, cruzamos información de dos o más sucesos, mirar un rostro en un suceso delictivo y mirar otro en un programa de televisión, tomando el del segundo como si fuera del primero.

v) Por sugestionabilidad, cuando se sugiere algo a una persona, para que haga una relación con lo que nos interesa y la asocie, dando por hecha esta, afirmar caramelo y preguntar por dulce ante varias expresiones, jugando con los detalles y con la esencia.

vi) Por sesgos retrospectivos, asociados a nuestras creencias, actuando en función de lo que se cree y no de lo que es, se actúa en función de las creencias, incluidas las morales.

vii) Los fundados en recuerdos imprecisos, ante los cuales el cerebro tiende a rellenar

---

668 Gerd Gigerenzer. La intuición no es irracional (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 04 Atrévete a saber, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=6fjMd63ULf8, consultado en noviembre 18 de 2023.

669 Nazareth Castellanos. Las memorias falsas producidas por el estrés en El secreto a la felicidad, 2023 en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=+NAZARETH+CASTELLANOS+Las+memorias+falsas&&mid=232D3A114EEBFE5BE29B232D3A114EEBFE5BE29B&&FORM=VRDGAR, consultado en noviembre 17 de 2023.

670 Cfr. WOOD, Programados para creer, ob. cit.

los vacíos, se recuerda bien el sentido general o la esencia de lo sucedido, pero se falla en los detalles[671].

3.1. El complejo proceso neuronal de la memoria

3.1.1. El proceso de atención

La calidad de la percepción[672] depende, como dice la neurociencia, de que los "recursos atencionales estén dirigidos hacia algo específico en un momento dado", toda vez que, solo percibimos "conscientemente aquello que está en nuestro foco de atención". El cerebro percibe imágenes, pero estas no lo son en un cien por ciento fidedignamente y es el cerebro el que le otorga sentido a la información; de manera que, especialmente en el sentido de la vista, la actividad cerebral con ella vinculada es "uno de los actos creativos más sofisticados, en tanto todo "depende del cerebro que interpreta lo que se mira"[673-674].

También así, Antonio Damasio, a partir de una experiencia propia producto de un pequeño tumor en el órgano de la percepción, detectado por un escaneo laser en su retina que produce un efecto en la "experiencia mental". La información captada por la retina es procesada y a través de la corteza visual, la que le agrega más información a las imágenes provenientes de la retina, que pasa por varios circuitos llamados región de creación de imágenes en el cerebro hasta llegar a la corteza de asociación donde se archivan las imágenes de todo tipo, mismas que a través del yo autobiográfico, que se construye sobre la "base de los recuerdos del pasado y de los recuerdos de los planes que hemos hecho", esto es, la integración de "la vida pasada y el futuro proyectado"[675].

La atención es fundamental para el proceso de almacenamiento de la memoria, pues lo que no capta los sentidos, debido a la distracción, no es registrado en los procesos cerebrales. Así se pone de presente en el llamado experimento del gorila, llamativa y sencilla prueba que "fue realizada por Christopher Chabris y Daniel Simons, en la Universidad de Harvard en 1999, el cual es una versión modificada del experimento realizado por Ulric Neisser, Neisser y Becklen, en 1975. Se ha convertido en uno de los experimentos más populares de la psicología debido a su forma sencilla y dinámica de explicar y mostrar cómo percibimos el mundo y las cosas que escapan a nuestra percepción. Ambos investigado-

[671] Daniel Schater. Los 7 pecados de la memoria (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 09 Atrévete a saber, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=reZ4YrgjuRo, consultado en noviembre 18 de 2023.

[672] Sobre la neurobiología de la percepción, su subjetividad y su problemática: Ranulfo Romo. El mundo no existe sin memoria (Entrevista), Eduardo Punset, Redes Atrévete a saber, 2013 en https://www.youtube.com/watch?v=do6MSDpF4OI, consultado en noviembre 28 de 2018.

[673] Manes y Niro, ob. cit, pp. 73, 74, 76 y 78.

[674] Sobre la explicación científica del por qué nuestro cerebro tiene que completar la percepción, debido a la limitación de la focalización del objeto observado: Bargh, El experto y sabio inconsciente, ob. cit.

[675] Damasio, La búsqueda por comprender la consciencia, ob. cit.

res pidieron la colaboración de estudiantes de psicología que se mostraron dispuestos a colaborar, su misión era observar un video en el cual dos grupos de personas, unos vestidos con camiseta blanca y otros con camiseta negra se realizaban pases con una pelota de baloncesto, cada equipo con una pelota y entre ellos mismos. Debían contar cuantos pases realizaban los componentes del equipo blanco e ignorar los que hacían los del equipo negro"[676]-[677].

La atención es mayor ante la novedad, habida cuenta que, como el cerebro es un aparato predictor, aquello que no está registrado al servicio de las predicciones, por ser nuevo, necesita ser incorporado, asunto que no sucede con respecto a lo que ya conocemos que se deja en gran medida de lado[678].

El recuerdo, en gran medida, depende de la emoción que nos acompañe en el momento en que tiene ocurrencia el suceso que se dice percibir por el sujeto, de tal manera que, la incidencia de su correspondencia y su perseverancia, en gran medida dependerá de lo que nos motive, nos estimule o signifique como ejemplo[679].

Los relatos que efectúan las personas de lo que dicen percibir son producto del procesamiento que hace el hemisferio izquierdo del cerebro, denominado el intérprete, cuya función es "lograr armar una idea unificada de sí mismo", pero en ello se ha comprobado que, también de alguna manera crea historias y creencias para explicar eventos internos y externos. Esto es, a partir de la percepción, la memoria, la acción y la relación entre sí, inventa un relato "coherente para nuestra conciencia, armando así una narrativa personal" en la que se involucran tanto memorias verdaderas como memorias falsas que "son el resultado de la interpretación del hemisferio izquierdo sobre los datos que le llegan"[680].

Marcus Raichle afirma que "la mayor parte

---

[676] Repita el experimento con personas que no hayan tenido noticia del video y podrá comprobar que, en un número muy alto de ellas, por prestar atención exclusiva a los jugadores de camiseta negra y el número de pases que entre ellos se hacen, no ven el gorila que atraviesa la escena y hasta saluda: Cfr. Christopher Chabris y Daniel Simons. El experimento del gorila invisible (Documental), Qué aprendemos hoy.com, Boston, Cultura y Sociedad, 2013, en https://www.google.com.co/search?q=Expermiento+del+Gorila+en+psicolog%C3%ADa+de+la+atenci%C3%B3n&rlz=1C1CHBD_esCO784CO784&oq=Expermiento+del+Gorila+en+psicolog%C3%ADa+de+la+atenci%C3%B3n&aqs=chrome..69i57.27822j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8bn, consultado diciembre 2 de 2018.

[677] Cfr. Facundo Manes. Los enigmas del cerebro. ¿Qué es la consciencia? No 3 (Conferencia), Buenos Aires, C5N, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=n43TC9zUBD4, consultado en diciembre 2 de 2018.

[678] Cfr. Nobre, ob. cit.

[679] Cfr. Facundo Manes. El cerebro humano y el valor del conocimiento. Sociedad del conocimiento (Conferencia), Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=Z5BU7zfAmTE&feature=youtu.be, consultado en noviembre 18 de 2018.

[680] Manes y Niro, ob. cit, pp. 67 y 68.

de lo que vemos lo construye el cerebro"[681] y Martin Conway señala que lo real y lo ficticio se mezclan en nuestra mente para construir nuestros recuerdos y nuestra identidad personal, por lo que, en gran medida, el contexto es en gran parte producto de nuestra imaginación[682].

Da cuenta John Bargh que, por experimentos realizados por Gazzaniga mediante los cuales, una vez había hipnotizado a una mujer, le daba la orden de que caminara como un perro, momento en que la despertaba y le preguntaba por qué procedía así, contestaba que lo hacía por cuanto se le había perdido un pendiente, un arete, y lo estaba buscando, lo que refleja la actividad del hemisferio cerebral izquierdo que siempre busca suministrar una explicación razonable a los comportamientos de la persona, ya que siempre estamos alertas a convencernos de que somos autónomos[683].

3.1.2. El proceso de consolidación

La memoria tampoco es un registro fotográfico, conjunto de cosas elegidas del entorno porque resultaron útiles o importantes en su momento, esa influencia es determinante y por supuesto es la relevancia del recuerdo lo que facilita, para efecto de una tarea, su consolidación[684].

La memoria puede ser entrenada voluntariamente para consolidar los recuerdos en cuanto a la información, lo cual se logra, al reponerla periódicamente[685].

También, experimentalmente, se ha acreditado que "las memorias asociadas a una carga emocional intensa logran una mejor consolidación", debido a los procesos químico-eléctricos que esta produce en el cerebro[686], de allí que, dice Conway, los recuerdos muy vivos y a veces fotográficos, siempre se encuentran asociados a una experiencia emocional muy intensa[687].

3.1.3. El proceso de evocación

Se dice por Manes y Niro que la memoria es selectiva y así opera en la mayoría de las personas, de tal manera que se tiende a "recordar los datos o eventos relevantes a su interés"[688].

---

[681] Marcus Raichle. La vida privada del cerebro (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 32 Atrévete a saber, 2009 en http://www.rtve.es/alacarta/videos/redes/redes-vida-privada-del-cerebro/516644/, consultado en noviembre 30 de 2018.

[682] Cfr. Conway, ¿Cómo construimos nuestros recuerdos?, ob. cit.

[683] "El antiguo inconsciente, al que nos acostumbró Freud, era oscuro y estaba limitado a funciones accesorias de nuestro comportamiento. El nuevo inconsciente, el que nos descubre la ciencia de hoy, es nuestro mejor aliado a todas horas. Eduardo Punset discute con el psicólogo John Bargh sobre el nuevo inconsciente, y nos revela lo lejos que estamos de conocer las verdaderas razones de nuestros actos", dice Punset: Bargh, El experto y sabio inconsciente, ob. cit.

[684] Cfr. Nobre, ob. cit.

[685] Manes Y Niro, ob. cit, p. 140.

[686] Manes y Niro, ob. cit, p. 146.

[687] Conway, ob. cit.

[688] Manes y Niro, ob. cit, p. 141.

Experimentos llevados a cabo por Jhosep LeDoux con ratas de laboratorio, a las cuales se les enseñaba a asociar que una vez se escuchara un pitido inmediatamente procedía una descarga eléctrica, se les condicionaba a la realización de un determinado comportamiento de rechazo hacia el futuro, con solo escuchar el ruido del pito. Para el efecto, en dos situaciones diferentes, en el experimento y prueba de condicionamiento simple, se les suministraba un fármaco con el fin de bloquear en el proceso de sinapsis cerebral la síntesis de la proteína que determina la memoria, esto es, impedir las conexiones de las neuronas donde se registraba el hecho percibido, con los siguientes resultados:

i) inmediatamente se llevaba a cabo el acto de condicionamiento que incorporaba el suceso, se suministraba el fármaco, a los pocos días se repetía el experimento y el animal no reaccionaba al pitido, lo que indica que se impedía con el bloqueo de la síntesis de proteínas en la sinapsis, que el cerebro de la rata fijara en la memoria el acto que precedía a la descarga eléctrica y la producción de esta.

ii) Se inyectó también el fármaco a otro grupo de ratas ya condicionadas -que por supuesto habían registrado en la memoria la asociación entre el pitido y la descarga eléctrica- ante nuevos experimentos o pruebas, por lo que al cabo de unos días se repitieron y, la gran sorpresa, es que no reaccionaban ante el pitido; concluyéndose que la memoria es inestable y creativa en cada oportunidad en que se recuerda el suceso original, modificándose o borrándose, una y cada vez que es evocado, el recuerdo. Ello pone de presente, como lo enseña LeDoux, que por virtud de comprobaciones neurocientíficas sobre el funcionamiento de la fisiología cerebral de la memoria en cuanto a la atención, consolidación y evocación que los testigos no pueden ser tan creíbles como se pensaba, esto es, dan cuenta "no del hecho que vimos, sino del último recuerdo", lo que necesariamente tienen que tener un impacto en el campo legal judicial[689].

Los neurocientíficos afirman, en cuanto a la evocación de la memoria, que:

> *Cuando uno tiene un recuerdo almacenado en su cerebro y se expone a un estímulo que se relaciona con aquel evento, va a reactivar el recuerdo y a volverlo inestable nuevamente por un período corto de tiempo, para volver a guardarlo luego y fijarlo nuevamente en un proceso llamado "reconsolidación de la memoria". La evidencia científica indica que cada vez que recuperamos una memoria de un hecho, esta se hace inestable permitiendo la incorporación de nueva información. Cuando almacenamos nuevamente esta memoria como una nueva memoria, contiene información adicional a evento original. En otras palabras,*

[689] Facundo Manes y Elsa Punset. El cerebro que viene (Debate), Madrid, Espacio Fundación Telefónica, @FundacionTef_ar, 2015, en https://www.youtube.com/watch?v=RlQQd-gdR8U, consultado noviembre 18 de 2018. También Facundo Manes. Conferencia sobre neurociencia, Buenos Aires, Universidad Nacional Noroeste, 2015, en https://www.youtube.com/watch?v=ZW6ivTu2v30, consultado noviembre 18 de 2018.

muchas veces aquello que nosotros recordamos no es el acontecimiento exactamente cual fue en realidad, sino la forma en que fue recordado la última vez ... [puesto que] contiene información adicional[690].

Conway señala que los recuerdos en principio no desaparecen, están ahí, resultan inaccesibles a la consciencia, pero son capaces de influir en la toma de decisiones inconscientes[691].

[690] Manes y Niro, ob. cit, pp. 151, 152 y 156.

[691] Conway, ob. cit.

Capítulo 4

Caminos científicos que se recorren para facilitar la acreditación de la sinceridad del recuerdo

En cuanto a los esfuerzos por encontrar técnicas para establecer si una persona dice o no la verdad, señala Haynes, hoy se tiene establecido la existencia de unos patrones de acción cerebral que obran como huellas o firmas de los pensamientos, mismos que tienen sus propias configuraciones, por lo que en teoría hoy se puede afirmar que hacia el futuro es viable identificar el pensamiento de un individuo a partir de un patrón cerebral. Por ello la mentira podría observarse a partir de acciones de actividad cerebral que, una vez las técnicas se perfeccionen y la computación adecuada de las mismas sea una realidad, permitirán su lectura a través de la computadora[692].

Hoy, de manera indirecta, a través de imágenes de resonancia magnética funcional y otras tecnologías similares a partir del funcionamiento de los escáneres cerebrales, puede inferirse en grados bastante confiables como lo hemos puesto de presente en nuestro trabajo sobre "neurociencia y derecho", en coautoría con la especialista en psicóloga forense y master en psicología jurídica, doctora en neurociencias cognitivas Carolina Gutiérrez de Piñeres, Universidad Externado de Colombia, 2017, hemos desarrollado el tema y allí nos remitimos.

Actualmente, experimentadores como Dehaene trabajan en la decodificación de señales cerebrales, con el objetivo de efectuar una reconversión de las mismas, esto es, a partir de técnicas de punta y algoritmos avanzados, muy a pesar de que el estado del conocimiento todavía es incipiente, establecer y revelar qué es lo que el sujeto está pensando o ha percibido, especialmente resultando prometedor para los datos visuales, habida cuenta que la imagenalogía cerebral revela mapas de cuál es el objeto a que se refiere la funcionalidad específica, ya permitiendo, a pesar de encontrarse en pañales la técnica, identificar rasgos generales del objeto que se trata de verificar. La imagen cerebral, por ejemplo, aunque todavía muy difusa, pinta una cara o un animal, un círculo o un cuadrado, lo que prometería en teoría revelar recuerdos que se han perdido para la consciencia pero que, de alguna manera, se encuentran registrados en el inconsciente o, también resultaría para su aplicabilidad, determinar si un sujeto dice o no la verdad o, al menos que es el terreno real

[692] Jhon Dylan Haynes. Las decisiones inconscientes (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 83 Atrévete a saber, 2011 en http://www.rtve.es/television/20110213/redes-decisiones-son-inconscientes/406109.shtml, consultado en noviembre 30 de 2018.

sobre el cual debe moverse el asunto, es un testigo sincero[693].

También se afirma que tal posibilidad, incluida además la de potenciar exponencialmente la memoria, es factible hacia un futuro no lejano con sustancias químicas o la estimulación magnética transcraneal[694].

Y por último, si se tiene que también desde antaño se habla de la posibilidad real de manipular psicológicamente a una persona, hoy es ya una realidad que se abre campo, para manipular al mismo cerebro, a través de la plasticidad cerebral con técnicas no invasivas como la estimulación magnética transcraneal, por lo tanto, si el cerebro ve lo que cree ver y no lo que realmente ve, también es claro que el "cerebro necesita crear para ver"[695] y tal funcionalidad bien podría, ser artificialmente inducida por tales técnicas.

Podría decirse que las anteriores tratan de técnicas que infieren vía positiva la veracidad o falsedad del recuerdo, por supuesto al margen de la sinceridad, que no se excluye con la falsedad, toda vez que se puede ser sincero pero puede que se esté dando una versión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de un suceso que no sean correspondientes con la realidad exterior supuestamente percibida.

Ahora, lo anterior, básicamente ello depende en gran medida de factores endógenos al sujeto u órgano de la prueba, al testigo o perito, pero también es posible que la distorsión provenga de incidencias externas al mismo como tiene ocurrencia en el *priming* o primado y en el más extremo de tales fenómenos, el llamado lavado de cerebros o implantación de recuerdos de procedencia claramente exógena al órgano de la prueba, con comprobación negativa.

El *priming* o primado está vinculado con las emociones y el funcionamiento del cerebro límbico y por tanto con gran influencia del inconsciente y menor del sistema cortical y lóbulo frontal que controla la razón: "Lo que tienes es priming o facilitación perceptiva. La has visto antes y te hace responder más rápidamente a ese estímulo que a otros que no has visto. Es precisamente este sistema implícito el que rige un porcentaje mayoritario de las decisiones de cualquier persona y que frecuentemente se confunde con la intuición"[696]; así funciona como con la memoria implícita o procedimental, no dependiente del campo hipocampal donde se regula en gran medida el almacenamiento de la memoria explícita o episódica[697].

---

693 Cfr. Dehaene, Con ustedes, !Nuestro Cerebro¡, ob. cit.

694 Álvaro Pascual-Leone. Manipular el cerebro (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 449 Atrévete a saber, 2012 en https://www.youtube.com/watch?v=ZpWn1iz-i4I&t=235s, consultado en noviembre 18 de 2023.

695 Cfr. Pascual-Leone, Manipular el cerebro, ob. cit.

696 Para una información técnica y básica de la fenomenología, como una disciplina que en cierta forma reemplaza las enseñanzas de la programación neurolingüística por la neurocientífica, Cfr. Mario Salazar. Qué es el priming en YouTube https://www.youtube.com/watch?v=LYV4riST3ZY, 2021, consultado noviembre 25 de 2023.

697 Para una información técnica y básica de la fenomenología Cfr. Diana López. "Memoria

Un estímulo anterior influye positiva o negativamente en un comportamiento, sentimiento y toma de decisión posterior de manera inconsciente, como se comprobó en pruebas clínicas, por ejemplo, como en aquella en que se destacaban expresiones como vejez y viejo como estímulos en algunas personas, y posteriormente, teniendo en cuenta otras que cumplían el papel de control, se detectaba que en las primeras al caminar marchaban mucho más despacio que las segundas, lo que sugiere una alta probabilidad de incidencia o cierto condicionamiento, lo que incluso, como enseñanza, ha sido explotado para temas comerciales y de marketing[698], como también ha sido ensayado en materias terapéuticas[699].

Elizabeth Loftus afirma con base experimental y empírica[700] que "tenemos la capacidad de inventar recuerdos e incluso de inducir recuerdos", lo cual, en el proceso judicial, tiene que ser tomado muy en serio y dejar de lado los juicios a priori que se engastan en la mente de investigadores y juzgadores para dar por legítimos ciertos hechos vertidos por la memoria de testigos y perito, lo que obliga a poner más atención y valorar con más detenimiento y cuidado técnico y científico el dicho de las personas, revalorando la importancia de las pruebas técnicas.

Así, se encuentra demostrado científicamente, que es viable y factible la implantación de recuerdos falsos en las mentes de

Implícita", Comentarios cdon base al libro de S. Ballesteros. Psicología de la memoria humana de la Editorial Universitarias S. A., en Psicología Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2019, YouTube https://www.youtube.com/watch?v=__9GFJSm858, consultado noviembre 25 de 2023.

698 "El subconsciente nos afecta sin darnos cuenta, pero también el mismo puede ser utilizado por otros sin que nos demos cuenta, pues lo que sucede en un momento anterior puede afectar a estímulos en momentos posteriores, con lo que tal fenómeno puede ser utilizado para manipular los procesos cognitivos de maneras sutil e inconsciente, sin que el afectado se percate a menos que la mente racional reaccione": Rogxana Del Carmen Arocha Araujo. Efecto Primado en https://www.youtube.com/watch?v=loKTPtYsJ4Q, consultado noviembre 25 de 2023.

699 Ampliamente en Roberto Aguado. Papel de la memoria priming en la psicoterapia en Jornadas Instituto Europeo de Psicoterapias de Tiempo Limitado, 2021, https://www.youtube.com/watch?v=WyuNaqTfLAo, consultado noviembre 25 de 2023.

700 Para el efecto de los experimentos consultar una información ágil y a la mano en Laura Ruiz. Elizabeth Loftus: la psicóloga que demostró que la memoria puede ser distorsionada al momento de intentar recordar eventos traumáticos en PSYCIENCIA, 2022, en https://www.psyciencia.com/elizabeth-loftus-biografia-memoria-distorsionada/, consultado noviembre 25 de 2023.

las personas, especialmente de niños[701-702], dada la maleabilidad de la memoria[703-704], lo que, sumado a todo lo anteriormente precisado, debe ser tenido en cuenta en la valoración del testimonio y el peritazgo, muy especialmente en el decreto de pruebas conducentes y pertinentes que pretendan rentarle valor a dichos medios cuando existan bases de las cuales se pueda inferir su ocurrencia, lo que por lo general se estima imposible e inverosímil y se desconoce el artículo 375 de la Ley 906 de 2005, pues el mismo declara pertinente la prueba directa e "indirecta" sobre los hechos, pero además aquella que "es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito".

Otro recurso psicológico que puede influir en el testimonio es el priming fenómeno psicológico donde se da cuenta del "efecto que un estímulo dado tiene sobre la respuesta a otro estímulo que ha sido presentado con posterioridad"[705].

Pero también, para detectar la sinceridad de un determinado acto, por ejemplo la sonrisa, se ha logrado establecer la relación que las misma tiene con los músculos faciales, aquellos que la misma activa de manera consustancial cuando es real y verídica, lo que no se presenta cuando es fingida, todo lo cual ha dado paso a estudios de como detectar cuando una persona habla está faltando a la verdad o sinceridad, como sucede con los músculos que rodean nuestros ojos, los que, por supuesto, no se activan cuando la sonrisa es fingida[706].

---

[701] Elizabeth F. Loftus. The Power of Suggestion: How to Implant False Memories en YouTube 2009, https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Elizabeth%20Loftus&mid=854F5745C8416F71560D854F5745C8416F71560D&ajaxhist=0, consultado noviembre 25 de 2023.

[702] Elizabeth F. Loftus –False Memories en YouTube 2017, https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Elizabeth+Loftus&mid=17B932F721108D17FFB617B932F721108D17FFB6&FORM=VIRE, consultado noviembre 25 de 2023.

[703] Elizabeth F. Loftus –Memory Malleability en YouTube 2018, https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Elizabeth%20Loftus&mid=831780570DD882290A69831780570DD882290A69&ajaxhist=0, consultado noviembre 25 de 2023.

[704] Ampliamente en Elizabeth Loftus. The Memory Factory en Radcliffe Institute Universidad de Harvard, 2015 en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Elizabeth%20Loftus&mid=F1C9C320A9BB5925AFECF1C9C320A9BB5925AFEC&ajaxhist=0, consultado noviembre 23 de 2023.

[705] "Se ha comprobado en reiteradas ocasiones que muchos estímulos externos, a veces aparentemente absurdos y triviales, afectan a nuestra forma de pensar y de comportarnos. Y lo hacen sin que seamos conscientes de ello. Basta estar unos minutos realizando unos ejercicios en los que abunden las palabras relacionadas con la vejez (como anciano, arruga y otras por el estilo), y el comportamiento de la persona se vuelve en general más lento., incluido el de sus piernas al caminar": Juan Luis Arsuaga y Manuel Martín-Loeches. El sello indeleble. Pasado, presente y futuro del ser humano, Barcelona, Penguin Random House, 2022, pp. 284 y ss.

[706] "Se ha comprobado en reiteradas ocasiones que muchos estímulos externos, a veces

Ya de antaño, fenómenos parecidos, reales y acreditados que se pensaron eran producto de la mera imaginería y de mentes con pensamientos exóticos, especialmente cuando se trataba de fenómenos relacionados con el "vudú"[707], reciben acreditación científica como ocurre con el placebo y especialmente con el nocebo[708]-[709]-[710].

Como corolario de todo lo visto citemos, a propósito de los estudios de Elizabeth Loftus, lo que se tiene admitido por los expertos en el estado actual de la ciencia:

Pensamos que nuestra memoria es como un disco duro, que graba cosas y las conserva durante mucho tiempo. Podemos rememorar cómo pasó cualquier suceso de nuestra vida. Pensamos que esos recuerdos son estables, fiables y precisos. Nada de eso es cierto. La memoria se desvanece con el tiempo y se distorsiona por nuestras creencias, deseos e intereses. Rememorar eventos mucho después de la experiencia original puede desfigurar ese recuerdo. El simple hecho de hablar de

---

aparentemente absurdos y triviales, afectan a nuestra forma de pensar y de comportarnos. Y lo hacen sin que seamos conscientes de ello. Basta estar unos minutos realizando unos ejercicios en los que abunden las palabras relacionadas con la vejez (como anciano, arruga y otras por el estilo), y el comportamiento de la persona se vuelve en general más lento., incluido el de sus piernas al caminar": Arsuaga y Martín-Loeches, El sello indeleble, ob. cit, p. 289.

[707] "Vance Vanders se encontró en el cementerio de Alabama con el brujo local, que le roció la cara con un líquido maloliente y le dijo que iba a morir. Durante varias semanas Vance experimentó un deterioro físico que solo remitió cuando su médico, Drayton Doherty, fingió romper el hechizo convenciéndole de que le había sacado del cuerpo un lagarto, supuestamente introducido por el hechicero. Vance tuvo suerte y sobrevivió, pero en todo el mundo se han registrado numerosos casos de personas fallecidas tras ser sometidas a un maleficio. Sin informes médicos ni autopsias, resulta imposible saber qué causó realmente su fin. Sin embargo, todas sus historias presentan un nudo común: una persona digna de respeto lanza un hechizo contra alguien que fallece poco después por causas aparentemente naturales": QelDiario.es. Relación entre el vudú y el efecto nocebo en medicina en QUO, https://quo.eldiario.es/ciencia/a36360/relacion-entre-el-vudu-y-el-efecto-nocebo-en-medicina/ y en Helen Pilcher. The science of voodoo: When mind attacks body NewScientist, 2009, enhttps://www.newscientist.com/article/mg20227081-100-the-science-of-voodoo-when-mind-attacks-body/, consultados noviembre 25 de 2023.

[708] Irving Kirsch. Nocebo: el hermano malvado del placebo (Entrevista), Eduardo Punset, Redes No 135 Atrévete a saber, 2012, en https://www.youtube.com/watch?v=4V7-Sjs-6BAA, consultado noviembre 23 de 2023.

[709] Rafael Valle Oñate. El inconsciente en acción; nocebo y Placebo en Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate y Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019, pp. 903 y ss.

[710] Jesús Armando Haro Encinas. Efectos placebo y nocebo. El manejo de la sugestión simbólica en la pandemia COVID 19, 2021, en https://www.youtube.com/watch?v=aksvo-ME6KxQ, consultado noviembre 23 de 2023.

algo que ocurrió altera nuestra memoria: llegamos a recordar no el evento en sí mismo, sino la historia que contamos... La memoria es fácilmente manipulable, puede ser alterada a voluntad... Loftus [afirma que] cuando las personas se acuerdan de cosas que no sucedieron o que fueron sustancialmente distintas a lo que recuerdan... estudia los falsos recuerdos... Las memorias implantadas se incorporan entre los auténticos recuerdos de nuestra vida y, a menudo, rellenamos los detalles que faltan en el relato... Cuando proporcionas a la gente información errónea sobre alguna experiencia que puedan haber tenido, puedes distorsionar o contaminar o cambiar su memoria. La desinformación está en todas partes. Obtenemos información errónea no solo si se nos cuestiona de forma directa. Si hablamos con otros testigos que pueden, consciente o inadvertidamente, darnos alguna información errónea, o si vemos la cobertura de los medios de comunicación sobre algún acontecimiento que hayamos podido experimentar, todo esto también puede contaminar nuestra memoria... tras manipular la memoria podemos reconducir las preferencias de una persona respecto de algo... las posibilidades de abusar de esta metodología parecen infinitas. Mas aún si se combina con los efectos farmacológicos de algunas sustancias... una fármaco llamado propanolol [se] ha probado para amortiguar o debilitar los recuerdos de un evento traumático[711].

[711] Alonso, *Experimentos de psicología*, ob. cit, pp. 64 a 73.

REFERENCIAS

Aguado Roberto. *Papel de la memoria priming en la psicoterapia* en Jornadas Instituto Europeo de Psicoterapias de Tiempo Limitado, 2021, https://www.youtube.com/watch?v=WyuNaqTfLAo, consultado noviembre 25 de 2023.

Alonso José Ramón. *Experimentos de psicología. La construcción de una ciencia* en Biblioteca de Piscología, Eslovenia, Bonalletra Alcompas, 2022.

Arocha Araujo Rogxana del Carmen. *Efecto Primado* en https://www.youtube.com/watch?v=IoKTPtYsJ4Q, consultado noviembre 25 de 2023.

Juan Luis Arsuaga y Manuel Martín-Loeches. *El sello indeleble. Pasado, presente y futuro del ser humano*, Barcelona, Penguin Random House 2022.

Arsuaga Juan Luis. *El fascinante viaje de la especie humana* en Conferencias 2008 Temas de Nuestro Tiempo, Fundación Caja Duero, 2012 en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Juan%20Luis%20Arsuaga%20La%20esencia%20humana&mid=4DFE641DF8FB88C01E664DFE641DF8FB88C01E66&ajaxhist=0, consultado octubre 16 de 2023.

Arsuaga Juan Luis. *El hombre su esencia y su evolución* en BBC Conferenciantes Compartiendo Talento, Fundación Create, 2017 en https://www.bing.com/videos/search?q=JUAN+LUIS+ARSUAGA.+"El+fascinante+viaje+de+la+especie+humana"+&refig=d180dac9655446ccb0997c0a3508456d&pc=HCTS&ru=%2fsearch%3fq%3dJUAN%2bLUIS%2bARSUAGA.%2b%2522El%2bfascinante%2bviaje%2bde%2bla%2bespecie%2bhumana%2522%2b%26form%3dANSPH1%26refig%3dd180dac9655446ccb0997c0a3508456d%26pc%3dHCTS&view=detail&mmscn=vwrc&mid=F44E111448FD6F2C1EA1F44E111448FD6F2C1EA1&FORM=WRVORC, consultado octubre 16 de 2023.

Arsuaga Juan Luis. *Seamos contemporáneos, vivamos conscientemente nuestro momento* en Aprendamos Juntos 2030, BBVA – El País, 2019 en https://www.bing.com/videos/search?q=JUAN+LUIS+ARSUAGA.+"El+fascinante+viaje+de+la+especie+humana"+&refig=d180dac9655446ccb0997c0a3508456d&pc=HCTS&ru=%2fsearch%3fq%3dJUAN%2bLUIS%2bARSUAGA.%2b%2522El%2bfascinante%2bviaje%2bde%2bla%2bespecie%2bhumana%2522%2b%26form%3dANSPH1%26refig%3dd180dac9655446ccb0997c0a3508456d%26pc%3dHCTS&view=detail&mmscn=vwrc&mid=A27E8E3FED664F2FC591A27E8E3FED664F2FC591&FORM=VDRVRV&ajaxhist=0, consultado octubre 16 de 2023.

Arsuaga Juan Luis. *La esencia humana* en YouTube, 2019, en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Juan%20Luis%20Arsuaga%20La%20esencia%20humana&mid=649727DB080A10BA6BEA649727DB080A10BA-

6BEA&ajaxhist=0, consultado octubre 16 de 2023.

Arsuaga Juan Luis y Quian Quiroga Rodrigo. ¿Qué nos hace humanos? en Home>Debates/Conferencias>, La Térmica Centro de Cultura Contemporánea – Diputación Provincial de Málaga, 2022 en https://www.youtube.com/watch?v=-Qm0Ts2fKA3M, consultado octubre 16 de 2023.

Ballarini Fabricio. *TMN Neurociencia La ilusión del libre albedrío* (Entrevista), Columna de Neurociencia, mygct, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=lWvEyU7OGSw, consultado en noviembre 28 de 2018.

Ballarini Fabricio. *TMN Neurociencia II Cerebro y memoria* (Entrevista), Columna de Neurociencia, mygct, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=22uPwJOBh34, consultado en noviembre 28 de 2018.

Ballarini Fabricio. *TMN Neurociencias y dilemas morales* (Entrevista), Columna de Neurociencia, mygct, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=j0gcsVGxAIM, consultado en noviembre 28 de 2018.

Bargh John. *El experto y sabio inconsciente* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 45 Atrévete a saber, 2018 en https://www.youtube.com/watch?v=w_x5-ZCn_Xc, consultado en diciembre 1 de 2018.

Bruce Wood. *Programados para creer* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 39 Atrévete a saber, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=mZTaeEuEnCM, consultado en noviembre 18 de 2023.

Capella Francisco. *Evolución moral de la mente* (Conferencia), Guatemala, New Media Universidad Francisco Marroquín, 2008 en https://newmedia.ufm.edu/video/evolucion-moral-de-la-mente/, consultado noviembre 19 de 2018.

Castellanos Nazareth. *Las memorias falsas producidas por el estrés* en El secreto a la felicidad, 2023 en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=+NAZARETH+CASTELLANOS+Las+memorias+falsas&&mid=232D3A114EEBFE5BE29B232D3A114EEBFE5BE29B&&FORM=VRDGAR, consultado en noviembre 17 de 2023.

Chabris Christopher y Simons Daniel. *El experimento del gorila invisible* (Documental), Qué aprendemos hoy.com, Boston, Cultura y Sociedad, 2013, en https://www.google.com.co/search?q=Expermiento+del+Gorila+en+psicolog%C3%ADa+de+la+atenci%C3%B3n&rlz=1C1CHBD_esCO784CO784&oq=Expermiento+del+Gorila+en+psicolog%C3%ADa+de+la+atenci%C3%B3n&aqs=chrome..69i57.27822j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8bn, consultado diciembre 2 de 2018.

Conway Martín. *Cómo construimos los recuerdos* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes N. o 136 Atrévete a saber, 2013 en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=MART%c3%8dN+-CONWAY.+%e2%80%9cC%c3%b3mo+-construimos+los+recuerdos%e2%80%9d+%2c+EDUARDO+PUNSET%-

2c+Redes+No+136+&&mid=9F8A-F37357EAFA0E52B29F8AF37357E-AFA0E52B2&&FORM=VRDGAR, consultado en noviembre 17 de 2023.

Damasio Antonio. *La búsqueda por comprender la consciencia* (Conferencia), Long Beach, TED Talks, 2012 en https://www.youtube.com/watch?v=cqXMORKPQ-GA, consultado diciembre 1 de 2018.

Damasio Antonio. *Diálogos con Antonio Damasio* (Entrevista), Mario Mazzilli, Porto Alegre, Fronteras de Pensamiento, 2013 en https://www.youtube.com/watch?v=-SIj3hOMaIIM, consultado diciembre 1 de 2018.

Dambricourt Malasse Anne y Deshayes Marie-Josephe. *Homo futurus ¿Cómo seremos en el futuro?* (Documental de Odisea) en https://www.youtube.com/watch?v=-bUQmbLCeVmU, consultado noviembre 19 de 2018.

De Waal Frans. *Nuestro cerebro altruista* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 53 Atrévete a saber, 2014 en https://www.youtube.com/watch?v=4rVrYkOcfL8, consultado en noviembre 28 de 2018.

Dehaene Stanislas. *Cómo funciona nuestro cerebro* en Aprendemos Juntos 2030, BBVA, 2023 en https://www.youtube.com/watch?v=j9EImcqgnE4, consultado noviembre 17 de 2023.

Dehaene Stanislas. *Con ustedes !Nuestro Cerebro¡* en Espacio Fundación Telefónica Madrid, Fundación Telefónica, 2023 en https://www.youtube.com/watch?v=Yu-6FhkEXR6o, consultado en noviembre 18 de 2023.

Dilemas éticos y filosóficos en https://www.youtube.com/watch?v=Y4K9F5XtHKk, consultado noviembre 28 de 2018.

Fermi Wegener. *¿Qué es el eslabón perdido en humanos*? (Documental), en https://www.youtube.com/watch?v=P9VdvQ-w0Ai4, consultado noviembre 19 de 2018.

Fermi Wegener. ¿Cómo la evolución biológica desarrolló la mente humana? (Documental), en https://www.youtube.com/watch?v=bLrIDi5Uo5M, consultado noviembre 19 de 2018.

Fuster Joaquim. *El alma está en la red que está en el cerebro* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 110 Atrévete a saber, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=-jgTH2Sb5pys, consultado en noviembre 28 de 2018.

García García Emilio. *Memoria. Recordar y olvidar* en Biblioteca de Piscología, España, Bonalletra Alcompas, 2021.

Gazzaniga Michell. *No éramos los únicos. Ahora lo somos* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 88 Atrévete a saber, 2011 en http://www.rtve.es/alacarta/videos/redes/redes-no-eramos-unicos-ahora-somos/1050233/, consultado en diciembre 2 de 2018.

Gigerenzer Gerd. *La intuición no es irracional* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 04 Atrévete a saber, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=6fjMd63ULf8, consultado en noviembre 18 de 2023.

Goldberg Elkhonon. *La paradoja de la sa-*

biduría (Entrevista), Eduardo Punset, Redes Atrévete a saber, 2013 en https://www.youtube.com/watch?v=uX4d8rlbem0, consultado en noviembre 28 de 2018.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y Gutiérrez de Piñeres Botero Carolina. *Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y Gutiérrez de Piñeres Botero Carolina. *Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

https://www.youtube.com/watch?v=PbVYH8FCLvo, consultado noviembre 18 de 2023.

Haro Encinas Jesús Armando. *Efectos placebo y nocebo. El manejo de la sugestión simbólica en la pandemia COVID 19*, 2021, en https://www.youtube.com/watch?v=aksvoME6KxQ, consultado noviembre 23 de 2023.

Hauser Marc. ¿*Existe una moral innata*? (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 03 Atrévete a saber, 2012 en https://www.youtube.com/watch?v=-Aks0rU5u_w, consultado en noviembre 28 de 2018.

Haynes Jhon Dylan. *Las decisiones inconscientes* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 83 Atrévete a saber, 2011 en http://www.rtve.es/television/20110213/redes-decisiones-son-inconscientes/406109.shtml, consultado en noviembre 30 de 2018.

Jaeguer Glouth. *Historia de la evolución humana* (Documental), en https://www.youtube.com/watch?v=0SDtMPVVqwk, consultado noviembre 19 de 2018.

Kirsch Irving. *Nocebo: el hermano malvado del placebo* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes No 135 Atrévete a saber, 2012, en https://www.youtube.com/watch?-v=4V7-Sjs6BAA, consultado noviembre 23 de 2023.

Ledoux Joseph. *Entrevista con* Facundo Manes, Asociación Educar para el Desarrollo Humano, YouTube, octubre 13 de 2016, en https://www.youtube.com/watch?v=-KjMN_p8kco, consultado noviembre 18 de 2018.

Loftus Elizabeth F. *The Power of Suggestion: How to Implant False Memories* en YouTube 2009, https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Elizabeth%20Loftus&mid=854F5745C8416F71560D854F5745C8416F71560D&ajaxhist=0, consultado noviembre 25 de 2023.

Loftus Elizabeth F. *False Memories* en YouTube 2017, https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Elizabeth+Loftus&mid=17B932F721108D17FFB617B932F721108D17FFB6&FORM=-VIRE, consultado noviembre 25 de 2023.

Loftus Elizabeth F. *Memory Malleability* en YouTube 2018, https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Elizabeth%20Loftus&mid=-831780570DD882290A69831780570DD882290A69&ajaxhist=0, consultado noviembre 25 de 2023.

Loftus Elizabeth F. *The Memory Factory* en Radcliffe Institute Universidad de Harvard, 2015 en https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Elizabeth%20Loftus&mid=F1C9C320A9BB5925AFECF1C9C320A9BB5925AFEC&ajaxhist=0, consultado noviembre 23 de 2023.

López Diana. *Memoria Implícita*, *Comentarios cdon base al libro de S. Ballesteros.* Psicología de la memoria humana de la Editorial Universitarias S.A., en Psicología Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2019, YouTube https://www.youtube.com/watch?v=__9GFJSm858, consultado noviembre 25 de 2023.

Manes Facundo. *Los enigmas del cerebro. ¿Qué es la consciencia? No 3* (Conferencia), Buenos Aires, C5N, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=n43TC9zUBD4, consultado en diciembre 2 de 2018.

Manes Facundo. *El cerebro humano y el valor del conocimiento. Sociedad del conocimiento* (Conferencia), Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=Z5BU7zfAmTE&feature=youtu.be, consultado en noviembre 18 de 2018.

Manes Facundo. Presentación del libro *Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor* en el programa de la Televisión Española *La aventura del saber* (Conferencia), Madrid, Casa de América, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=NC3A9agOYYQ, consultado en noviembre 18 de 2018.

Manes Facundo. *¿Cómo las neurociencias nos pueden ayudar en la educación*? (Conferencia), Buenos Aires, Foro Internacional de Innovación Educativa FIED, 2014 en https://www.youtube.com/watch?v=1eO1Ux-MJg4, consultado en noviembre 24 de 2018.

Manes Facundo. *¿Cómo funciona nuestro cerebro: neurociencia y lectura?* (Conferencia) en Jornadas Internacionales para Docente, Buenos Aires, 40 Feria Internacional del Libro, 2014 en http://entrecomillas.el-libro.org.ar/videos/facundo-manes-como-funciona-nuestro-cerebro/#.W_nNUegzaM8, consultado en noviembre 24 de 2018.

Manes Facundo. *¿Qué es ser humano*? (Conferencia), Buenos Aires, Experiencia Endeavor Argentina, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=mM1TlEDOX28, consultado en noviembre 24 de 2018.

Manes Facundo. Entrevista al Programa Radial *Entre el cielo y la tierra*, Padre Guillermó Marcó y Max Gulmanelli (Prods). Buenos Aires, Radio Rivadavia, 2014 en https://facundomanes.com/2014/06/28/ciencia-y-fe-con-el-facundo-manes/, consultado en noviembre 24 de 2018.

Manes Facundo. *Conferencia sobre neurociencia*, Buenos Aires, Universidad Nacional Noroeste, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=ZW6ivTu2v30, consultado noviembre 18 de 2018.

Manes Facundo. *¿Cómo actúan las emociones?* (Conferencia), Buenos Aires, YouTube, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=2zzGc-AYKEQ, consultado en noviembre 25 de 2018.

Manes Facundo. *Los enigmas del cerebro Parte 1 y Parte 2* (Documentales), Buenos Aires, C5N, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=cm0lgK_PHuk y https://www.youtube.com/watch?v=U75C-KGdli44, respectivamente, consultado en noviembre 25 de 2018.

Manes Facundo. *El cerebro humano y el valor del conocimiento. Sociedad del conocimiento* (Conferencia), Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 2015 en http://www.uncuyo.edu.ar/centroasuntosglobales/conferencia-el-cerebro-humano-y-el-valor-del-conocimiento, consultado en noviembre 18 de 2018.

Manes Facundo. *Lo que nos hace humanos: secretos del lóbulo frontal* (Conferencia), Buenos Aires, TEDx Talks, 2012 en https://www.youtube.com/watch?v=r5M-018pEkL4, consultado en noviembre 25 de 2018.

Manes Facundo. *Charla abierta sobre el libro El futuro del cerebro* (Conferencia), Lanús, Secretaría de Desarrollo Social, 2018 en YouTube, consultado en noviembre 25 de 2018.

Manes Facundo. *Presentación de su libro, con Mateo Niro, El cerebro argentino,* Tandil, Cámara Empresarial, 2016 en http://www.camaraempresaria.org.ar/novedad-exitosa-presentacion-de-facundo-manes-en-tandil-340.html#, consultado noviembre 24 de 2018.

Manes Facundo. *Innovación y Creatividad. Claves del Futuro* en la Presentación del libro, con Mateo Niro *El cerebro argentino* (Conferencia), San Juan, Fundación Sanatorio Argentino, 2016 en https://www.youtube.com/watch?v=bXlBmEMe-OY, consultado en noviembre 25 de 2018.

Manes Facundo. *Las neurociencias y la toma de decisiones* (Conferencia), Buenos Aires, Escuela Argentina de Negocios Instituto Universitario, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=2_48SUP-Bfg, consultado en noviembre 24 de 2018.

Manes Facundo. *Conferencia sobre neurociencia*, Buenos Aires, Universidad Nacional Noroeste, 2015, en https://www.youtube.com/watch?v=ZW6ivTu2v30, consultado noviembre 18 de 2018.

Manes Facundo y Niro Mateo. *Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor,* Bogotá, Editorial Planeta, 2014.

Manes Facundo y Punset Elsa. *El cerebro que viene* (Debate), Madrid, Espacio Fundación Telefónica, @FundacionTef_ar, 2015, en https://www.youtube.com/watch?v=RlQQd-gdR8U, consultado noviembre 18 de 2018.

Maturana Humberto. *Como vivimos compitiendo, siempre estamos negando a los demás* (Entrevista) Soledad Onetto, Santiago de Chile, Radio Cooperativa GPS, 2013 en https://www.youtube.com/watch?v=Gp-MuubZSuy4, consultado en diciembre 2 de 2018.

Mazzoni Giuliana. *Psicología del testimonio*, Amparo Moreno (Trad.), Madrid, Editorial Trotta, 2019.

Mazzoni Giuliana. ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria,

Nobre Kia. *El cerebro construye la realidad* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes Atrévete a saber, 2012 en https://www.youtube.com/watch?v=1MxMPkK-jYw, consultado en noviembre 30 de 2018.

Pascual-Leone Álvaro. *Manipular el cerebro* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 449 Atrévete a saber, 2012 en https://www.youtube.com/watch?v=ZpWn1iz-i4I&t=235s, consultado en noviembre 18 de 2023.

Pilcher Helen. *The science of voodoo: When mind attacks body* NewScientist, 2009, en https://www.newscientist.com/article/mg20227081-100-the-science-of-voodoo-when-mind-attacks-body/, consultado noviembre 25 de 2023.

Punset Eduardo. *La importancia de nuestra memoria* (Conferencia), Puebla, La Ciudad de las Ideas (CDI), 2009 en https://www.youtube.com/watch?v=epnrUHpg-1JU, consultado en noviembre 30 de 2018.

Punset Eduardo. *La importancia de nuestra memoria* en CDI 2009, 2017 en https://www.bing.com/search?q=EDUARDO+PUNSET.+"La+importancia+de+nuestra+memoria"&cvid=d627bfe13f43417ab80f67508ce3b875&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCDcwNjJqMGo5qAIAsAIA&FORM=ANAB01&PC=HCTS, consultado en noviembre 17 de 2023.

QelDiario.es. *Relación entre el vudú y el efecto nocebo en medicina* en QUO, https://quo.eldiario.es/ciencia/a36360/relacion-entre-el-vudu-y-el-efecto-nocebo-en-medicina/, consultado noviembre 25 de 2023.

Quian Quiroga Rodrigo. *Neuro Ciencia Ficción. Cómo el cine se adelantó a la ciencia*, Buenos Aires, Sudamericana, 2018.

Quian Quiroga Rodrigo. *Qué es la memoria*, Barcelona, Ariel, 2018.

Raichle Marcus. *La vida privada del cerebro* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 32 Atrévete a saber, 2009 en http://www.rtve.es/alacarta/videos/redes/redes-vida-privada-del-cerebro/516644/, consultado en noviembre 30 de 2018.

Revuelta José Manuel (Trad.), Madrid, Editorial Trotta, 2021 y Margarita Diges. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*, Madrid, Editorial Trotta, 2018.

Ricard Matthieu. *El control mental, la meditación, el altruismo y la ciencia (Entrevista)*, Eduardo Punset, Redes, 2010 en https://www.youtube.com/watch?v=kMsyujdNfDg y https://www.youtube.com/watch?v=uhc750plltc, consultados en noviembre 28 de 2018.

Romo Ranulfo. *El mundo no existe sin memoria* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes Atrévete a saber, 2013 en https://www.youtube.com/watch?v=do6MSDpF4OI, consultado en noviembre 28 de 2018.

Ruiz Laura. *Elizabeth Loftus: la psicóloga que demostró que la memoria puede ser distorsionada al momento de intentar recordar eventos traumáticos* en PSYCIENCIA, 2022, en https://www.psyciencia.com/elizabeth-loftus-biografia-memoria-distorsionada/, consultado noviembre 25 de 2023.

Salazar Mario. *Qué es el priming* en You-

Tube https://www.youtube.com/watch?v=LYV4riST3ZY, 2021, consultado noviembre 25 de 2023.

Schater Daniel. *Los 7 pecados de la memoria* (Entrevista), Eduardo Punset, Redes 09 Atrévete a saber, 2011 en https://www.youtube.com/watch?v=reZ4YrgjuRo, consultado en noviembre 18 de 2023.

Seth Anil. *La creación del yo. Una nueva ciencia de la conciencia*, Albino Santos Mosquera (Trad.), Madrid, Sexto Piso, 2023.

Sigman Mariano y Golombek Diego. *El cerebro y yo. La Moral Capítulo 7* (Documental), Buenos Aires, Encuentro, 2015 en https://www.youtube.com/watch?v=1UMqj9CaLuI, consultado en noviembre 28 de 2018.

Singer Peter. *El cómo y el por qué del altruismo eficaz* (Conferencia). TEDx Talks, 2013 en https://www.ted.com/talks/peter_singer_the_why_and_how_of_effective_altruism/transcript?language=es, consultado en noviembre 28 de 2018.

Sposato Luciano. *Secretos de la relación corazón-cerebro* (Conferencia). Río de la Plata, TEDx Talks, https://www.youtube.com/watch?v=c1iMoel2LxA&vl=es, consultado en noviembre 25 de 2018.

Thompson Niobe. *Hábitat-1 El Nacimiento de una Especie* (Documental), en https://www.youtube.com/watch?v=pxbvd30Dp4k, consultado noviembre 19 de 2018.

Valle Oñate Rafael. *El inconsciente en acción; nocebo y placebo* en Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate y Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

6 Dilemas morales que te pondrán en aprietos ¿Qué harías tú? en https://www.youtube.com/watch?v=qLnxlfXa-lg, consultado noviembre 28 de 2018.

VEINTICUATROAVO ESTUDIO

Problemas procesales comunes de la práctica litigiosa y estrategias para enfrentarlos

Parte segunda

INTRODUCCIÓN

El tema del debido proceso disciplinario es crucial para un adecuado entendimiento del derecho de defensa y del debido proceso, puesto que no solo está referido constitucionalmente a su aspecto formal, sino igualmente sustancial, lo que ofrece consideraciones que van más allá de la letra y gramaticalidad de lo reconocido por la ley.

Por otro lado, también, algunas diferencias afloran entre uno y otro tanto en derecho procesal penal como en derecho procesal disciplinario, diferencias que han sido expuestas por la jurisprudencia constitucional, fuera de las cuales no es posible, en tanto precedentes judiciales constitucionales de obligatorio cumplimiento -Corte Constitucional, sentencias C-836 *de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011-*, que el funcionario disciplinario se invente ilegítimamente otras.

Al efecto ha dicho la rectora de la jurisprudencia:

> *Por su parte, el derecho de defensa se define como "(...) la facultad para emplear 'todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable'"[712]. Esta potestad tiene manifestaciones procesales y sustantivas[713], y puede ejercerse de forma activa o pasiva[714]. A su turno, el derecho de contradicción se refiere a dos fenómenos distintos:*
>
> *"De una parte, la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso. Por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para (i) participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo, interrogando a los testigos*

[712] Sentencia C-083 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Véanse también las Sentencias C-341 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; y C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[713] Sentencia C-111 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[714] Sobre el particular, la Corte ha señalado que el derecho de defensa "protege todos los comportamientos, activos y pasivos que asuma la persona investigada o sometida a un proceso sancionatorio". En tal sentido, "la persona se encuentra habilitada para guardar silencio o no hacerlo, para actuar o no actuar en el curso del proceso, para presentar o no presentar pruebas, para impugnar o no las decisiones" (Sentencia C-633 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo).

presentados por la otra parte o por el funcionario investigador y (ii) exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba"[715].

Además, el derecho de defensa comprende garantías esenciales para toda persona, como[716]*: (i) controvertir las pruebas que se alleguen en su contra; (ii) aportar medios probatorios en su defensa; (iii) impugnar la sentencia condenatoria; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; y (vi) la asistencia de un abogado cuando sea necesaria*[717]*, entre otras. Además, una de sus expresiones consiste en el deber de la autoridad judicial o administrativa de integrar debidamente el contradictorio*[718] *(Resaltado y subrayado fuera de texto).*

Sin integración del contradictorio no es posible o se dificulta en grado sumo el ejercicio del derecho de defensa, por ello no tiene aplicación el principio de inoponibilidad de los afectados a los actos administrativos cuando no se cumple debidamente con las advertencias sobre la procedencia de los recursos ante las decisiones tomadas por la Administración, notificaciones de las mismas, curso efectivo y cumplido de los términos de ejecutoria formal y, finalmente, las respuestas adecuadas a los mecanismos defensivos existentes, más allá de los tradicionales como los recursos consagrados por la ley.

Rigiendo en consecuencia la oponibilidad, por virtud de los recursos ordinarios y extraordinarios se ejerce el derecho de defensa; pero el mismo no se agota allí, puesto que al derecho de postulación de mayor amplitud y envergadura, pertenecen otros mecanismos defensivos que bien podrían ser considerados recursos atípicos, toda vez que aparecen regulados en los códigos o son producto de la jurisprudencia constitucional, tal como sucede con el instrumento de aclaración, corrección, complementación o adición de las sentencias y autos de que dan cuenta los artículos 140 *-perteneciente al capítulo de los "*recursos*"*-de la Ley 1952 de 2019, 45 del Código de Procedimientos Administrativos y Contencioso Administrativos (CPACA), 285, 286 y 287 del Código General del Proceso, como la revocatoria directa y la nulidades, a los que se suma la teoría del "exceso ritual manifiesto" elaborada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La utilización de dichos mecanismos, amplían el radio de acción y la efectividad de la defensa técnica, empero, no son fáciles de comprender por cuanto su regulación a veces deficiente y a veces complejas, cuando no oscuras, demandan un tratamiento conforme a los principios derivados de la Teoría General del Proceso y de la Carta Política.

[715] Sentencia T-461 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[716] Sentencia C-341 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

[717] Sentencia C-212 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[718] Sentencias C-031 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-038 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Capitulo 1

La garantía de una notificación correctamente realizada para efectos del cumplimiento del debido proceso y la apertura de un adecuado derecho de defensa como condición de la ejecutoriedad de la decisión y el debido agotamiento de la actuación administrativa -vía gubernativa- relativa a los recursos previstos en la ley

Antes de abordar el tema relativo a la garantía de la debida notificación como pilar del derecho a la defensa y a la contradicción, al debido proceso y a la publicidad de las actuaciones administrativas, es necesario realizar una precisión respecto al agotamiento de las situaciones para acudir al control jurisdiccional de los actos administrativos, por lo cual, es del caso señalar que el concepto de vía gubernativa desapareció de la terminología procesal administrativa después de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que ahora la denomina actuación administrativa, relativa a los recursos consagrados en la ley, esto es, los de reposición y apelación. Así, el artículo 161 del CPACA contempla como requisito de procedibilidad, es decir que se deben cumplir de forma previa a la presentación de la demanda el de haber "ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios"[719] y el artículo 76 del mismo código establece las reglas de oportunidad y presentación de los recursos de reposición y apelación.

Dicho lo anterior, y según el inciso 1º del artículo 29 de la Carta Política y a su vez su también importante principio de publicidad derivado directa y explícitamente del artículo 29 de la Carta Política, se ha extendido, aunque con algunas puntuales limitaciones, el debido proceso a los procesos disciplinarios.

Sobre ello es paradigmática la sentencia de la Corte Constitucional C-029 de 2021, en la que se estableció como jurisprudencia constitucional de obligatorio cumplimiento:

> *El derecho al debido proceso administrativo en materia disciplinaria*[720].

[719] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Exp. N. o 13001-23-33-000-2012-00045-01(20383).

[720] En este acápite, se retoman parcialmente consideraciones contenidas en las sentencias C-193 de 2020 y C-083 de 2015, con ponencia de la Magistrada Sustanciadora.

Los derechos de defensa y contradicción y el principio de publicidad[721]

1. Este Tribunal ha establecido que el debido proceso (artículo 29 superior[722]*) comprende el conjunto de garantías que tienen como propósito "(...) sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados"*[723]*. Este es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, pues protege las libertades ciudadanas y opera como un contrapeso al poder del Estado*[724]*. Así, la Corte ha reiterado que este derecho fundamental tiene las siguientes características:*

(i) debe garantizarse en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas. En tal sentido, constituye "(...) un fundamento de la legalidad dirigido a controlar las posibles arbitrariedades en que puedan incurrir las autoridades como consecuencia del ejercicio del poder del Estado"[725]*;*

(ii) tiene diversos matices según el contenido del derecho del cual se trate[726]*. De esta manera, la exigencia de los elementos integradores del debido proceso "(...) es más rigurosa en determinados campos del derecho (...) en [los] que la actuación puede llegar a comprometer derechos fundamentales"*[727]*;*

(iii) es un derecho de aplicación inmediata (artículo 85 superior), que se expresa a través de múltiples principios que regulan el acceso a la administración de justicia (artículos 228 y 229 de la Constitución) como la celeridad, publicidad, autonomía, independencia, gratuidad y eficiencia[728]*;*

(iv) no puede ser suspendido durante los estados de excepción[729]*;*

(v) se predica de todos los intervinien-

[721] En consideración al asunto objeto de decisión, la Sala estudiará únicamente el contenido de aquellos derechos y principios que resultan relevantes para la cuestión debatida.

[722] "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

[723] Sentencia C-496 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[724] Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

[725] Sentencia C-271 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[726] Sentencia C-111 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo. "El objeto y naturaleza de los intereses que se debaten en un proceso judicial inciden en el modo en que se concretan las garantías que integran el debido proceso. Esa relación exige que el legislador tome en consideración que una mayor incidencia de los resultados de un proceso judicial en derechos de especial significado constitucional (...)".

[727] Sentencia C-248 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

[728] Sentencia C-154 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[729] Sentencia C-187 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

tes en un proceso[730] *y de todas las etapas del mismo*[731] *y*

(vi) su regulación se atribuye al Legislador quien, dentro del marco constitucional, define cómo habrá de protegerse y los términos bajo los cuales las personas pueden exigir su cumplimiento[732]*, entre otras.*

2. En este sentido, esta Corporación ha determinado que el contenido material del derecho al debido proceso está compuesto por garantías esenciales que deben tener todos los ciudadanos que intervienen en un proceso judicial. Al respecto, la Sala resalta que la Constitución extendió dichos postulados[733] *a las actuaciones administrativas*[734]*. Lo anterior, con el fin de asegurar la protección del interés general y el respeto por los derechos y principios ligados al ejercicio de la función pública*[735]*. De este modo, muchos de los elementos que informan el derecho fundamental al debido proceso judicial se aplican también a todas las actuaciones que desarrollen las autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones.*

No obstante, las garantías del debido proceso judicial no fueron trasladadas de manera directa e irreflexiva al ámbito administrativo, en la medida en que la función pública tiene requerimientos adicionales de orden constitucional que debe atender conjuntamente con el debido proceso, en el ejercicio de tales atribuciones. En efecto, las autoridades administrativas están obligadas, no solo a respetar el debido proceso, sino también a no transgredir los principios reguladores de la función pública, como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, definidos en el artículo 209 de la Carta. En consecuencia, este Tribunal ha establecido que, en materia de derecho administrativo sancionador, la garantía del debido proceso tiene un carácter flexible, en la medida en que:

"(...) los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales, en tanto que las actuaciones administrativas son susceptibles de control ante la jurisdicción. Por ello, aunque el debido proceso se aplica en toda actuación administrativa o judicial, en el primer escenario ocurre bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la

---

730 Sentencia C-047 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

731 Sentencia C-836 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

732 Sentencia T-589 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

733 Sentencia C-034 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

734 Ver, entre otras, las Sentencias C-089 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y C-012 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

735 Sentencia C-034 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

Administración"[736].

3. Así, la jurisprudencia ha enunciado, entre las garantías propias del debido proceso administrativo, las siguientes: (i) el derecho a ser oído durante toda la actuación; (ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que el procedimiento se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que el procedimiento se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) la presunción de inocencia, (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) el derecho a impugnar las decisiones y promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso[737].

4. Ahora bien, esta Corporación ha sostenido que la potestad sancionadora de la administración es una de las expresiones del poder punitivo del Estado y comprende diversas especies[738]*, entre las que se encuentra el derecho disciplinario*[739]*. Este último, comprende "(...) el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo"*[740]*. De este modo, se trata de una función inherente a la actividad estatal*[741]*. Asimismo, la Corte ha resaltado que el derecho disciplinario: (i) es una herramienta fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado; (ii) materializa el principio de responsabilidad de los servidores públicos; y, (iii) permite garantizar la efectividad de los principios de la función pública*[742]*.*

5. El derecho disciplinario presenta una naturaleza específica y, en este sentido, no resulta posible trasladar automáticamente las garantías del proceso penal al debido proceso administrativo. En efecto, aunque constituye una expresión de la potestad sancionatoria como el derecho penal,

---

[736] Sentencia C-034 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa..

[737] Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[738] Dentro de estas especies se incluyen "el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho correccional, el derecho de juzgamiento político -impeachment- y el derecho disciplinario" [Sentencia C-721 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

[739] Sentencias C-721 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-412 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos y C-530 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[740] Sentencias C-721 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-124 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería; y C-341 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[741] Sentencia C-892 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[742] Sentencia C-721 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

presenta elementos propios que ameritan un abordaje diferenciado[743]*. Así, "las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias"*[744]*, debido a su carácter punitivo.*

6. En particular, en relación con el debido proceso administrativo en actuaciones disciplinarias de carácter sancionatorio, se han señalado, como componentes específicos del debido proceso disciplinario, "(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus"[745]*. Por último, en la medida en que implica un ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, se debe garantizar plenamente dicho postulado en las actuaciones administrativas del procedimiento disciplinario*[746]*, pues se trata de un ámbito que involucra importantes derechos constitucionales como los de acceso a la función pública, elegir y ser elegido o los derechos de*

---

[743] Sobre el particular, la Corte ha reconocido que "[e]n el ámbito administrativo y, específicamente, en el derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, mutatis mutandi, se aplican a los procedimientos disciplinarios, dado que éstos constituyen una manifestación del poder punitivo del Estado. Sin embargo, su aplicación se modula para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario y, especialmente, al interés público y a los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que informan la función administrativa" [Sentencia C-095 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil]. Véase también la Sentencia C-627 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[744] Sentencia C-506 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. "La jurisprudencia constitucional ha señalado en particular tres elementos clave que distinguen la operancia del debido proceso en el campo penal de su aplicación en el campo disciplinario: "[i] la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, [ii] el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y [iii] la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o numerus apertus, por oposición al sistema de números cerrados o clausus del derecho penal" [Sentencia T-1093 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

[745] Sentencia C-692 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [El resaltado es de la Sala]. Véase, entre otras, las Sentencias T-1034 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-310 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-555 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1102 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-330 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; y T-1093 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[746] "La potestad sancionatoria de la administración debe ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien o de un derecho" [Sentencia C-1088 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño].

las víctimas de violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

7. En suma, el debido proceso es un conjunto de garantías que sujetan la actuación del Estado y de los particulares a reglas predeterminadas, las cuales rigen la resolución de un conflicto o la determinación de una situación jurídica. Este principio debe garantizarse también en las actuaciones administrativas, especialmente en aquellas que son una manifestación del poder punitivo estatal, como sucede con el procedimiento disciplinario, en razón de los derechos que se encuentran en juego en dicho escenario procesal.

1. La debida y correcta notificación como condición de ejecutabilidad e inoponibilidad de las decisiones administrativas como principio del derecho administrativo

De manera general es pertinente indicar que una de las reglas orientadoras del sistema procesal colombiano es la de la publicidad, en virtud de ellas las decisiones que se tomen con ocasión de una actuación administrativa, inclusive con ocasión de una providencia deben ser comunicadas a los interesados, en calidad de sujetos procesales o de interesados según el caso para ejercer los derechos correspondientes a la defensa y a controvertir las decisiones.

Notificar significa hacer saber, hacer conocer y es en este sentido en el que se toma en la ciencia procesal el vocablo[747], pues con él se quiere indicar que se han comunicado a las partes y terceros autorizados para intervenir.

Es tal su relevancia que el inciso segundo del artículo 289 del Código General del Proceso (CGP) indica que:

> *"Salvo los casos expresamente exceptuados, ninguna providencia producirá efectos antes de haberse notificado"*

Mandato que cumple el preponderante desarrollo del derecho fundamental al debido proceso, como quiera que impide que se puedan hacer efectivas decisiones sin la controversia ínsita en el principio de contradicción.

Ahora bien, el carácter principal de las notificaciones y su especialidad es, por excelencia su principal forma de realizarla, para el derecho procesal es la personal, la cual se prefiere a cualquier otro tipo de notificación, por cuanto es la que garantiza que el contenido de la determinada providencia ha sido conocido por el sujeto de derecho a quien se debía enterar, además por ser la única que, usualmente, se surte de manera directa e inmediata con quien se quiere dar a conocer alguna determinación proferida dentro del proceso.

Sin embargo, consciente el legislador de la imposibilidad de exigir siempre y para

[747] López Blanco, Hernán. Instituciones de Derecho Procesal Civil – Código General del Proceso Parte General, Ediciones Dupre Editores Ltda., 2019.

toda clase de providencia o si estamos frente a una actuación administrativa la notificación personal, lo que entrabaría el diligenciamiento y la actuación procesal, la establece como obligatoria solo en los casos previstos en el artículo 290 del CGP y el artículo 67 del CPACA; fuera de esos eventos taxativos admite la notificación por otros medios, que varían de acuerdo con la índole de la decisión o la necesidad de la entidad que emitió el acto.

Para el Consejo de Estado entonces, respecto a la notificación lo aborda como "el acto procesal de notificación responde al principio constitucional de publicidad de las actuaciones públicas, mediante el cual se propende por la prevalencia de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia (artículos 29 y 229 de la Constitución Política), dado que se garantiza el ejercicio de los derechos de defensa, de contradicción y de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico. De suerte que, la notificación del inicio y de las distintas actuaciones efectuadas en desarrollo de un proceso, permiten hacer valederos los derechos procesales constitucionales de los asociados, ya que faculta a las partes y a los intervinientes tanto para oponerse a los actos de la contraparte como para impugnar las decisiones adoptados por la autoridad competente dentro de los términos previstos en la ley. Ahora bien, la obligación de notificar a las partes e interesados, se establece en virtud de un mandato constitucional consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política... el principio de publicidad, visto como instrumento para la realización del debido proceso, implica la exigencia de proferir decisiones debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales con interés jurídico dentro del proceso, a través de los mecanismos de comunicación instituidos en la ley, con el fin de que puedan ejercer sus derechos a la defensa y contradicción"[748].

En virtud de lo anterior, es claro que la fuerza vinculante de una decisión administrativa, de un acto administrativo, se debe a la exclusividad que para el efecto se haya realizado con ocasión de su publicidad, notificación o comunicación, requisitos estos *sine qua non* para la firmeza, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Dicho esto, la publicidad como uno de los requisitos de un acto administrativo no es más que ponerlo en conocimientos de sus destinatarios, mediante una actuación específica por quien lo ha expedido o de la ocurrencia de determinadas situaciones o circunstancias que permitan presumir legalmente que dichos destinatarios lo conocen.

Con la mencionada actuación se hace efectivo un principio característico del Estado social y democrático de derecho como es el de la publicidad de la actividad del Estado, previsto en el numeral 9° del artículo 3 del CPACA y elevado a rango constitucional

[748] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Exp. 11001-03-15-000-2014-02097-00(AC)

en el artículo 209[749].

Para el Consejo de Estado en jurisprudencia reiterada sobre la falta de publicidad de las actuaciones de la administración en donde se crea, modifica o extingue una situación jurídica ya sea particular o general ha indicado:

> *"Al punto, es suficiente con anotar que ambos pasaron por alto la abundante y decantada jurisprudencia de la corporación, en el sentido de que la omisión o la irregularidad de la publicidad de los actos administrativos, y la notificación personal es una forma de ella, no afecta o no incide sobre la validez de los mismos, puesto que se trata de un trámite o diligencia externa y posterior a la formación o al nacimiento de ellos.*
>
> *Afecta sí su eficacia u oponibilidad frente a los administrados cuando le impone deberes u obligaciones, o establece restricciones a sus derechos; y, en consecuencia, de ejecutarse sin previa notificación y firmeza, puede dar paso a una vía de hecho, que en tal caso sería atacable ya no por acción de restablecimiento del derecho, sino de reparación directa".*[750] *(Subrayas fuera del texto original).*

La anterior posición jurisprudencial ha sido adoptada por la Corte Constitucional, en sentencia C-957 de 1999, cuando anotó:

> *"De lo anterior se deduce que el acto administrativo, general o particular, existe desde el momento mismo en que se profiere o expide, pero no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación. (...) (Subrayas fuera del texto original)*
>
> *De otra parte, en relación con la vigencia de los actos administrativos, el Consejo de Estado considera que la decisión administrativa contenida en el acto de carácter general o particular es válida desde el momento en que se ex-*

[749] La Corte Constitucional describe la publicidad así: "La Carta Política establece la publicidad como principio rector de las actuaciones administrativas, para lo cual, de conformidad con lo preceptuado en su artículo 209, obliga a la administración a poner en conocimiento de sus destinatarios los actos administrativos, con el fin, no solo de que estos se enteren de su contenido y los observen. sino que, además, permita impugnarlos a través de los correspondientes recursos y acciones. En esta medida, el principio de publicidad, entendido como el conocimiento de los hechos, se refiere a que las actuaciones de la administración en general puedan ser conocidas por cualquier persona, aún más cuando se trata de actos de la administración que los afectan directamente. Se exceptúan de la regla general aquellos casos en donde las disposiciones legales no permiten la publicidad de los mismo como, por ejemplo, cuando el acto está sometido a la reserva legal. Así lo establece el artículo 74 de Carta Política, al disponer que 'todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos público salvo los casos que establezca la ley". Entre dichas excepciones, se cuentan "las negociaciones carácter reservado" [C.P., artículo 136, núm. 2]. Sentencia C-957 de 1999.

[750] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Exp. 3443.

pide (desde que ha sido firmado, aun sin haber sido publicado o notificado, según el caso); sin embargo, su fuerza vinculante comienza desde que se ha producido la publicación o notificación del acto; por lo tanto, la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. En este evento, se está ante un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo"[751].

Así, la importancia de la publicidad de los actos administrativos contiene los siguientes efectos:

Es requisito de eficacia.

Determina la oponibilidad y, según lo señala la ley, la entrada en vigencia de estos por conducto de los artículos 65 a 73 del CPACA, así como el artículo 1 de la Ley 57 de 1985 y el parágrafo del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, es por consiguiente un requisito de eficacia. Este requisito de eficacia es a su vez la consecuencia del principio de publicidad a que se encuentran sujetas las actuaciones de las autoridades administrativas, como lo dispone el artículo 209 de Constitución Política y el artículo 3 del CPACA.

Dentro de los actos administrativos particulares se exceptúan del requisito de previa publicidad para su eficacia, los que expresamente por disposición legal deben ejecutarse de manera inmediata, como son los derivados de los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza así lo requieren, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas[752].

Facilita impugnar los actos administrativos.

Por otra parte, la publicidad de los actos administrativos permite que los afectados logren controvertirlos o impugnarlos en la forma o por los medios procedentes. También determina en muchas situaciones el momento a partir del podría realizarse la impugnación, de allí que, el término para interponer los recursos se cuente a partir de la notificación o la publicación, según lo indicado en el artículo 76 del CPACA y que de acuerdo con el artículo 166 ibidem, la copia que de los mismos debe anexarse a las respectivas demandas contra estos, se exija que tengan la constancia de publicación, comunicación, notificación o ejecución. Asimismo, respecto de los actos particulares sirve de base para contar el término de caducidad para incoar la acción respectiva.

Formas en que se surte.

La publicidad se podría decir que es lo

[751] Corte Constitucional, sentencia C-957 de 1999.

[752] Artículo 2 CPACA.

general en cuanto a la forma en que se deberían poner en conocimiento sobre las actuaciones administrativas, las cuales pueden surtirse de distintas formas; en donde estas vendrían siendo una especie, encontrando las situaciones jurídicas ya mencionadas, como: la publicación, la comunicación, la notificación y la ejecución.

Habiendo analizado y desarrollado lo concerniente a la publicación como uno de los requisitos de los que gozan las actuaciones administrativas para efectos de su contradicción respecto al sujeto pasivo de dicha actuación, es pertinente hacer mención de lo que respecta a la comunicación de las actuaciones administrativas, al decir que estas consisten en una forma de enterar al sujeto pasivo o remitente de la actuación mediante la entrega personal o el envío de un mensaje escrito que también puede ser por correo certificado o mediante autorización a través de correo electrónico, en el que simplemente se informa de la expedición de un acto administrativo y de la decisión que contiene. Este requisito lo encontramos contemplado en el inciso 3° del artículo 65, en el artículo 70 y los literales c) y d) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, para actos administrativos de cúmplase como condición, para los discrecionales, los de trámite que no son susceptibles de recursos, o para las respuestas a las peticiones de interés general.

A esta última se refiere el inciso 3° del artículo 65 del CPACA, cuando señala que las decisiones que pongan término a una actuación administrativa al iniciarse con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz.

De allí que también se aplica en la publicidad de los actos administrativos discrecionales, o que no ponen fin a una actuación administrativa, como es el caso de los nombramientos o declaraciones de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción. Sobre el particular el Consejo de Estado advierte:

"Finalmente, es de advertir que el acto administrativo mediante el cual se acepta una renuncia no pone fin a una actuación administrativa como sucedería con el acto que destituye a un funcionario, reconoce el derecho a disfrutar de una pensión de jubilación o que ordena la inscripción de un funcionario en la carrera administrativa. Por ende, aquel acto administrativo no se notifica, sino que se comunica, como sucede asimismo con otros actos de carácter discrecional como los que ordenan la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y en casos de movimientos de personal como en los traslados y en cargos"[753].

Luego de revisar la publicación y la comunicación como requisitos *sine qua non* para la firmeza, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, cae de bulto la

[753] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M.P. Joaquín Barreto Ruíz. Exp. 5017.

revisión necesaria como el último de los requisitos: la notificación, entendiendo esta como la "diligencia mediante la cual se procura enterar de la forma más amplia, directa y garantista posible al interesado o interesados sobre el acto administrativo, permitiéndole conocer su contenido completo, si es o no susceptible de recursos ante la misma autoridad que lo expidió, y en caso positivo, cuáles son tales recursos, cuándo y ante quién se pueden interponer."[754] Por otra parte, y siguiendo con las definiciones doctrinales sobre las notificaciones, el tratadista Güecha Medina también sobre el particular expresa:

> *"A pesar de que el numeral 16 del CPACA, se hace referencia a la dirección del peticionario donde recibirá correspondencia, consideramos, que la norma se está refiriendo a la obligatoriedad de consignar un acápite específico dentro de la petición, para indicar la dirección de notificaciones. Este requisito es bien importante, porque permite a la entidad pública cumplir con el principio de publicidad de las actuaciones administrativas, en cuanto a que las decisiones que se tomen deben ser notificadas a través de los medios que el legislador ha previsto; pero además, para que el peticionario tenga certeza que su solicitud va a ser dada a conocer y la entidad pública no se sustraiga a dicha obligación, con el argumento de que no existe dirección de notificaciones.*
>
> *Dirección de notificación que en la regulación normativa del Decreto Legislativo 491 de 2020 y la reforma al CPACA introducida por la Ley 2080 de 2021, será la dirección electrónica la que se deba utilizar en las peticiones que se realicen ante las entidades públicas, con las excepciones correspondientes para personas que no manejen dichos medios y estén en imposibilidad de hacerlo"*[755].

A su turno, el doctrinante Palacio Hincapié[756] manifiesta lo siguiente:

> *"Todas las decisiones que se adopten por la Administración y que pongan término a una actuación administrativa, deben ser notificadas personalmente al interesado, o a su representante o apoderado y, adicionalmente, puede hacerse con la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse, según lo agrega el artículo 67 del CPACA actualizando la norma.*
>
> *La notificación debe hacerse con el cumplimiento de los requisitos que establece la norma, bajo sanción de invalidez. En la diligencia de notificación se debe entregar al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita*

[754] Luis Enrique Berrocal. Manual del Acto Administrativo, (Publicidad del Acto Administrativo – La notificación), Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2019, p. 279

[755] Ciro Alberto Güecha y Tatiana Güecha. Derecho Procesal Administrativo, (Actuación Administrativa – Notificaciones). Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2021, p. 291.

[756] Juan Ángel Palacio Hincapié. Derecho Procesal Administrativo, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2017, p. 758.

del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora en que se hace la notificación, indicando «los recursos que legalmente proceden», los plazos para interponerlos y ante quién. «El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación».

En la actuación administrativa no es necesario actuar por conducto de abogado, pero en el evento de que el interesado decida hacerlo por intermedio de otra persona, tiene que ser por conducto de abogado en ejercicio. El acto que resuelve el recurso debe notificarse al apoderado personalmente, pues esa es la razón que induce al interesado a tener un apoderado para que lo represente en las actuaciones.

Es diferente la actuación en el procedimiento administrativo por conducto de apoderado, que la actuación exclusiva para recibir notificación de una decisión de la Administración. En efecto, cuando una persona deba ser notificada de una decisión de la Administración y no ha actuado con apoderado, puede otorgar un poder simple para ello, el cual no tiene ninguna formalidad ni requiere de presentación personal, pero solo para la notificación, sin que ese apoderado pueda realizar ninguna otra conducta ni hacer ninguna manifestación. Simplemente se notifica y recibe copia del acto, el cual deberá llevar a su poderdante para que este actúe o lo haga por conducto de abogado, si lo desea. Esta innovación fue traída por la Ley 962 de 2005[757]*.*

Del texto del artículo 67 del CPACA parece deducirse que la notificación puede ser hecha alternativamente al interesado o a su apoderado; pero no cabe la menor duda de que, cuando existe apoderado constituido para el trámite, es este quien debe recibir la notificación, pues él es el sujeto idóneo para determinar si se han satisfecho los intereses de su poderdante o si, por el contrario, debe ejercer recursos frente a la decisión. Notificarle al interesado directamente, en el fondo puede conducir a manejar por la Administración un interés oscuro que afecta el derecho de defensa del interesado."

Luego de tener claridad meridiana respecto al valor de las notificaciones en las actuaciones administrativas, se hace imprescindible clasificar estas de acuerdo con el tipo de acto y a la condición particular del sujeto activo del mismo, a saber:

[757] Artículo 5°. Notificación. Cualquier persona natural o jurídica que requiera notificarse de un acto administrativo, podrá delegar en cualquier persona el acto de notificación, mediante poder, el cual no requerirá presentación personal, el delegado sólo estará facultado para recibir la notificación y toda manifestación que haga en relación con el acto administrativo se tendrá, de pleno derecho, por no realizada. Las demás actuaciones deberán efectuarse en la forma en que se encuentre regulado el derecho de postulación en el correspondiente trámite administrativo. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo la notificación del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, de naturaleza pública o de seguridad social.

(i) Notificación personal – característica de los actos particulares y concretos.

Cuando el procedimiento administrativo recae y contiene decisiones particulares y concretas que afectan de manera determinada a un particular, se hace obligatorio notificar personalmente a estos, es decir, surge tal necesidad, es imperativo dar a conocer de manera directa al interesado la decisión de la Administración.

Por lo anterior, la notificación personal es una clase de notificación principal, que obedece a un trámite determinado, y es deber agotarlo para que exista la posibilidad de exigir el cumplimiento del acto administrativo, es decir, que obligue[758], pero además, para que pueda operar otra clase de notificación como es el aviso.

Asimismo, se debe aclarar, que el CPACA no contempla de manera expresa las notificaciones personales verbales, como si lo contemplaba el anterior Código, únicamente hace referencia a dicha forma de notificación verbal, en caso de realizarse en audiencia pública a través de estrados.

(ii) Notificación por aviso.

Esta clase de notificación es subsidiaria a la personal, toda vez que opera cuando no se haya podido realizar la notificación personal; es preciso aclarar que procede para dar a conocer y cumplir el principio de publicidad respecto de actos de carácter particular[759] , el cual sustituye a la notificación por edicto que contemplaba el anterior Código – Decreto 01 de 1984.

Asimismo, la notificación por aviso procede cuando no se pudo hacer la notificación personal al cabo de los cinco (5) días hábiles del envío de la citación, y hay dos formas de efectuarla, según se conozca o no información para contactar al interesado, a saber:

a. Cuando se conoce la dirección, número de fax o correo electrónico del interesado, su apoderado o representante legal, sea porque figuren en el expediente o porque puedan obtenerse del registro mercantil, se le remitirá al respectivo sitio, acompañado de copia íntegra del acto administrativo, un aviso que deberá indicar la fecha del mismo y la fecha del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos.

La notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino, lo cual se le deberá advertir o poner de presente en el aviso al interesado.

En el expediente se dejará constancia de la remisión del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.

b. Cuando no se conozca la mencionada información sobre el destinatario, el

[758] Corte Constitucional. Sentencia C-646 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

[759] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Exp. 3358.

aviso referido, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.

En este evento, la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso, de lo cual también se debe incluir una advertencia en el aviso.

En el expediente se dejará constancia de la publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.

Lo anterior significa que la administración debe en principio y dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto, agotar los medios posibles a su alcance, para hacer comparecer al interesado a fin de hacerle la notificación personal del acto, y si a pesar de sus gestiones no logra la comparecencia de aquél, solo entonces podrá acudir a la notificación por aviso, y de ello debe quedar prueba en el expediente administrativo.

(iii) Notificación por conducta concluyente, proviene de la voluntad del interesado.

Es importante mencionar que, cuando no haya sido posible surtir los trámites previstos para la notificación personal o por aviso, si estamos frente a un acto particular, o las publicaciones en caso de actos generales, las notificaciones no se tienen por hechas y la decisión no produce efectos.[760]

Así las cosas, para que la notificación por conducta concluyente opere, se deben cumplir dos requisitos: i) que la parte interesada se dé por enterada y consienta en la decisión, es decir; que la acepte, en este caso puede existir una manifestación expresa de la persona; ii) que la parte interesada interponga los recursos legales, es decir que haga uso del derecho a la defensa y la contradicción.

(iv) La publicación de los actos generales y las decisiones que afecten a terceros, incluye también las citaciones.

Un acto administrativo es general en cuanto a que no se refiere a persona o personas determinadas y por tal razón es impersonal[761], lo que significa que el criterio subjetivo es el que determina la generalidad del acto; pero además, puede provenir de la propia decisión, en el sentido que sea de carácter abstracto, lo que permite decir que lo general proviene de la materialidad de la decisión; pero en cualquier caso, el principio de publicidad sobre el mismo opere de manera especial a lo que ocurre con los actos administrativos particulares.

En efecto, como el acto general no se refiere a persona determinada, no se notifica en forma personal, por lo que es obligatorio que la decisión de la Administración sea publicada en el diario oficial o en las gacetas territoriales; pero en el caso

[760] Artículo 72 del CPACA, referente a la falta o irregularidad de las notificaciones.

[761] Carlos Ariel Sánchez Torres. Acto Administrativo, teoría general (Actuación de la Administración), Bogotá, Editorial Temis, 2004, p. 222.

de no contar la entidad pública con órgano oficial para dicha publicación, puede darla a conocer a través de avisos, la distribución de volantes, publicación en la página electrónica o en cualquier canal digital habilitado por la entidad, siempre que se garantice la divulgación del acto[762].

La publicación a que se refiere el artículo 65 del CPACA modificado por el artículo 15 de la Ley 2080 de 2021, es del acto que dicta la Administración, que es diferente al evento en que dentro del trámite administrativo, se determine que terceros determinados o indeterminados puedan resultar afectados con el mismo o con la decisión, y entonces, es preciso hacer la citaciones o publicaciones referidas si se trata de terceros determinados o indeterminados, pero durante el procedimiento administrativo, para que ejerzan y reclamen sus derechos durante la actuación y no esperar a la decisión para citarlos.

(v) Notificación por medios electrónicos y su aplicación a las otras formas de notificar los actos administrativos.

El artículo 10° de la Ley 2080 de 2021que modificó el artículo 56 de la Ley 1437 de 2011 ratifica la utilización de medios electrónicos en las notificaciones de los actos administrativos, así se encuentre inmersa la expresión "podrán"; lo que implica en principio que sea facultativo y circunscrita a la aceptación del particular y a que se presente la posibilidad de hacerla por dicho medio, de no ser así se deberá acudir a los otros medios de notificación en el CPACA y ya explicados con antelación.

De la misma manera, en la notificación por aviso se usan los medios electrónicos, cuando el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, al indicar que el aviso se podrá enviar a la dirección de correo electrónico de la persona que se pretende notificar.

Asimismo, y cuando se trate de actos administrativos de carácter general, si notificación electrónica y acudiendo al artículo 65 del CPACA, que fue modificado por el artículo 15 de la Ley 2080 de 2021 contempla que la publicación de dichos actos se podrá hacer en la página web, o en cualquier canal digital habilitado por la entidad.

En este orden de ideas; los medios electrónicos están presentes en todas las formas de notificación de los actos administrativos, según la regulación del CPACA.

El siguiente recuadro de nuestra autoría muestra el flujograma respecto a las notificaciones de los actos administrativos y sus formas y efectos:

[762] Artículo 65 de CPACA, modificado por el artículo 15 de la Ley 2080 de 2021.



1.1 Requisito de procedibilidad como determinante de los recursos administrativos

En virtud del desarrollo anterior, y siguiendo con la traza, una vez que un acto administrativo es notificado, surge la posibilidad para el interesado de hacer uso del principio de contradicción y el derecho a la defensa, si tiene reparos contra la decisión, esta pueda ser controvertida a través de los recursos en vía administrativa.

Además, de la posibilidad de controvertir los actos administrativos mediante los recursos de ley, el presunto afectado cuando hace uso de estos, estaría cumpliendo con un requisito de procedibilidad que le permitiría acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en demanda del acto y así estamos frente a lo que en otrora se denominaba: "agotamiento de la vía gubernativa".

En efecto, a veces no es suficiente con que se le formule una solicitud a la Entidad Pública, sino que es necesario controvertirla mediante los recursos de ley, para que la vía administrativa se surta en debida forma y así cumplir con el requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción.

1.1.1 El recurso de reposición es facultativo

Dentro del trámite administrativo el primer recurso que salta a la vista es el de reposición[763], el cual se interpone contra el acto que pone fin a una actuación administrativa, ante el funcionario que profiere la decisión, quien deberá resolverlo. Este se

[763] Miguel González. Derecho Procesal Administrativo, Bogotá, Editorial Universidad Sergio Arboleda, 1999, p. 106.

interpondrá dentro de los diez días hábiles siguientes luego de haber operado la notificación del acto que se pretende recurrir.[764]

Así, entonces, con el recurso de reposición lo que se busca es que el acto se modifique, aclare, adicione o revoque, constituyendo el objeto del mismo. Lo anterior, es claro, como quiera que no siempre cuando se impugna una decisión de la administración o de la ley, lo que se busca es sacarlo de la vida jurídica, sino, en ocasiones también se podría perseguir que se aclare, adicione o modifique.

Por tratarse de una actuación administrativa, el recurso de reposición debe reunir unos requisitos que son de obligatorio cumplimiento en razón a la ritualidad entendiendo la siguiente máxima traída del código civil; (*ad solemnitatem, ad substantiam actus – ad probationem*)[765], para que pueda surtir el trámite correspondiente.

Cuando el mismo CPACA ha indicado que los recursos se resuelven de plano en el artículo 79[766], no significa que las pruebas hayan sido abolidas del trámite de los recursos en vía administrativa, porque si bien es cierto, el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, prevé que los recursos se resolverán de plano, a renglón seguido permite a en los recursos de reposición y apelación la solicitud de práctica de pruebas o que sea decretadas

---

[764] Artículo 76 del CPACA, modifica el término para interponer los recursos de reposición y apelación, ampliándolo a diez días. En el anterior, CCA – Decreto 01 de 1984 era de cinco días.

[765] Sentencia 1185 DE 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, Expediente: T-373.655 de fecha 13 de noviembre de 2001. Asimismo, los actos jurídicos formales son de dos clases: a) Actos solemnes (ad solemnitatem o ad substantiam actus) y b) Actos formales (ad probationem). La existencia de los actos solemnes está supeditada a la observancia de las formas prescritas en la ley o determinadas por las partes, es decir, la voluntad de los agentes debe expresarse a través de un preciso cauce legal o convencional, de tal manera que su inobservancia hace que el acto se repute inexistente, o que se transforme en otro acto (teoría de la conversión de los actos jurídicos). La institución de los actos solemnes se debe a que la ley, inspirada en los criterios de seguridad e interés social, ha exigido ciertos requisitos con la finalidad de asegurar, precisar y conservar ciertos hechos u operaciones que repercuten en el ámbito social. Tratándose de los actos formales, por el contrario, a pesar de que se requiere de una determinada solemnidad jurídica, la inobservancia no afecta la existencia o la validez del acto jurídico, sino su prueba.

[766] Los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo.

Los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días.

Cuando sea del caso practicar pruebas, se señalará para ello un término no mayor de treinta (30) días. Los términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta (30) días.

En el acto que decrete la práctica de pruebas se indicará el día en que vence el término probatorio.

de oficio por la autoridad administrativa. Pero la facultad probatoria no podía limitarse en el caso de los recursos, porque si no existiera la posibilidad de solicitar y ordenar un periodo probatorio, se estaría violando el derecho de defensa y el debido proceso, en cuanto a que la decisión de la administración no correspondería a la realidad de los hechos y por tal sería una decisión aparente de la Administración que no resolvería el fondo del asunto. Es que el recurrente puede aportar pruebas con el escrito de recurso y estas deben ser tenidas en cuenta en la decisión[767]; lo cual debe implicar un periodo probatorio, en el que se deben practicar las solicitadas como las decretadas de oficio por la autoridad administrativa.[768]

Por último, y para que el análisis sea completo, es pertinente decir que el recurso de reposición debe concederse en el efecto suspensivo, lo que significa que la decisión no se cumple o no puede hacerse efectiva, mientras no se resuelva el recurso interpuesto u opere un silencio administrativo negativo por regla general o el positivo de manera excepcional. Llama atención la regulación que hace el Código Contencioso Administrativo[769] en cuanto a que el recurso de reposición se concede en el efecto suspensivo, porque si nos atenemos a la naturaleza de este efecto, tenemos que de que se suspende tanto la decisión como la competencia del funcionario que expide el acto[770], y en este caso la competencia del funcionario que toma decisión no se suspende, en razón a que el mismo resuelve el recurso; esta razón, podemos decir que sería más técnico hablar de efecto diferido en el caso del recurso de reposición, puesto que la competencia para seguir conociendo la actuación se mantiene en el funcionario y solo se suspende su cumplimiento.

1.1.2 La obligatoriedad del recurso de apelación

Respecto del recurso de apelación debe decirse que su interposición se convierte en obligatoria para agotar la vía administrativa, ya que constituye requisito de procedibilidad para acudir al trámite jurisdiccional[771]; en efecto, si en el acto de notificación o en el propio acto administrativo, se consigna que procede el recurso de apelación, significa que se debe interponer, porque de lo contrario se pierde la posibilidad de acudir a la jurisdicción en impugnación o demanda del mencionado acto[772].

---

[767] Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13919 de 2003.

[768] Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13919 de 2003.

[769] Artículo 79 del CPACA

[770] No es ejecutorio el acto que no se ha resuelto (ejecutoriedad del acto administrativo).

[771] Numeral 2° del artículo 161 del CPACA contempla los requisitos previos para demandar: "Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberá haberse ejercido y decidido lo recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios...". Se deberá recalcar, que el recurso obligatorio es el de apelación, toda vez que el recurso de reposición es facultativo.

[772] El artículo 76 del CPACA menciona que el recurso de apelación es obligatorio para

En cuanto a los términos para interponerlo, objeto, práctica de pruebas[773], rechazo, desistimiento y efecto en que se concede, se asimila al recurso de reposición a que se ha hecho referencia; pero con características como: el funcionario competente para resolverlo y en algunas circunstancias del efecto en que se concede, se aparta del recurso de reposición; por lo que amerita, que se haga un análisis de estos aspectos.

1.1.2.1 El efecto suspensivo de los recursos de la vía administrativa se evidencia en el recurso de apelación

Cuando hicimos alusión al efecto en que se concedía el recurso de reposición, dijimos que se hacía más claro cuando se trataba del recurso de apelación, las características del mismo se evidenciaban, en cuanto que la competencia y el cumplimiento de la decisión, no se hacen efectivas, hasta tanto no se resuelva el recurso.

En efecto, cuanto se interpone el recurso de apelación en vía administrativa, la competencia para resolverlo pasa al superior y en esta medida, la autoridad que venía conociendo de la actuación administrativa se desprende de la misma, mientras se toma alguna decisión por el superior; mostrándose así, el efecto suspensivo del recurso en cuanto a la competencia.

Por otra parte, la decisión que el inferior ha tomado no se hace efectiva mientras el recurso es resuelto y el efecto suspensivo del acto desde un punto de vista material es ratificado; dando lugar además, a que la firmeza del acto quede pendiente[774], al igual que el carácter ejecutorio del mismo[775], como característica fundamental de los actos administrativos. En últimas, lo que hacen los recursos dentro de la actuación administrativa, es impedir al menos transitoriamente, la obligatoriedad de las decisiones de la Administración.

1.1.2.2 El recurso de queja

Cuando se interpone el recurso de apelación y el mismo es rechazado, el recurrente tiene la opción de interponer el recurso de queja, con la finalidad de que sea concedido; lo que quiere decir, que no se trata en estricto sentido de un recurso autónomo, pues persigue que se dé trámite al recurso de apelación interpuesto.[776]

Por esta razón, cuando la autoridad pública ante quien se interpone el recurso de queja se pronuncia sobre el mismo, lo que debe hacer es determinar si el recurso de apelación fue rechazado correctamente o si por el contrario, se ha debido conceder y en estas circunstancias ordenará darle el trámite correspondiente.[777]

---

acudir a la jurisdicción.

[773] El artículo 76 del CPACA hace referencia a la práctica de pruebas.

[774] Artículo 87 del CPACA. Firmeza de los actos administrativos.

[775] Raúl Bocanegra Sierra. La Teoría del Acto Administrativo, Ejecutividad del Acto Administrativo, Madrid, Editorial Lustel, 2005, p. 145.

[776] Artículo 74 del CPACA. El recurso de queja procede cuando se ha rechazado el de apelación.

[777] Artículo 74 del CPACA. Confirmación del rechazo o sí, por el contrario, se concede el

En las anteriores circunstancias, el recurso de queja no decide el fondo de la impugnación[778], sino que permite un pronunciamiento para que concediéndose el recurso de apelación, exista ahí sí la posibilidad de un pronunciamiento de fondo, respecto de los motivos de inconformidad propuestos por el recurrente y determinar si se revoca, modifica, aclara o adiciona el acto administrativo.

El recurso de queja en lo consagrado por el numeral 3° del artículo 74 del CPACA es facultativo y se puede interponer directamente ante el superior del funcionario que profirió el acto, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del rechazo de la apelación[779], a través de escrito, al que deberá acompañarse copia de la decisión que haya negado el recurso y así, el superior ordenará la remisión del expediente para darle el trámite respectivo; pero en nuestro parecer, en realidad es obligatorio, pues si el recurso de apelación es rechazado, siendo necesario para acudir a la jurisdicción y si el único medio para tratar de salvar la apelación es el recurso de queja, entonces, es obligatoria su interposición.

2. Procesos administrativos especiales: el proceso disciplinario administrativo sancionador

Para el fallo o sentencia y para algunos autos especiales rige la siguiente configuración del debido proceso en la Ley 1952 de 2019:

> **Artículo 127. Notificación por edicto** *Los autos que disponen la apertura de investigación, la vinculación, el pliego de cargos y su variación, y los fallos que no puedan notificarse personalmente, se notificaran por edicto. Para tal efecto, una vez producida la decisión, se citará inmediatamente al disciplinable, por un medio eficaz, a la entidad donde trabaja o a la última dirección registrada en su hoja de vida o a la que aparezca en el proceso disciplinario, con el fin de notificarle el contenido de aquella y, si es sancionatoria, hacerle conocer los recursos que puede interponer.*
>
> *Se dejará constancia secretarial en el expediente sobre el envió de la citación.*
>
> *Si transcurrido el termino de cinco (5) días a partir del día siguiente a la entrega de la comunicación en la última dirección registrada no comparece el disciplinable, en la secretaría se fijará edicto por el término de tres (3) días para notificar la providencia.*

recurso de apelación.

[778] No sustituye el recurso de apelación.

[779] No se hace necesario interponer recurso de reposición en contra de la decisión que rechaza la apelación. Se podrá acudir directamente ante el superior para la interposición del recurso de queja.

Cuando el investigado ha estado asistido por defensor, con él se surtirá la notificación.

El artículo sobre notificación de autos interlocutorios señala:

Artículo 123. Notificación de decisiones interlocutorias. Proferida la decisión se procederá así:

1. Al día siguiente se librará comunicación con destino a la persona que deba notificarse.

2. En la comunicación se indicarán la fecha de la providencia y la decisión tomada.

3. Si transcurridos tres (3) días hábiles al recibo de la comunicación el disciplinado no comparece, la secretaria del despacho, que profirió la decisión la notificara por estado. Se entenderá recibida la comunicación cuando hayan transcurrido cinco (5) días, contados a partir del día siguiente a la entrega en la oficina de correo.

De esta forma se notificará el auto de cierre de la investigación y traslado para alegatos precalificatorios y el traslado del dictamen pericial para la etapa de investigación.

Todos los autos interlocutorios, sin excepción, deben ser notificados. Incluso, por su importancia, algunos autos de trámite también deben ser notificados.

La notificación personal es, entonces, el mecanismo procedimental de aplicación preferente, prioritaria, que de no poder ser realizado, no puede dejar incompleto, inaplicado, en suspenso, el acto de notificación: por ello, la ley dispone la notificación supletoria por estado, para lo cual se debe observar de manera imperativa, inescindible, el procedimiento legal diseñado en este caso, cuya efectiva aplicación no constituye una mera opción, sino una obligación perentoria de los servidores judiciales.

Significa lo anterior que, no obstante ser un mecanismo supletorio de la notificación personal la notificación por estado de los autos interlocutorios se debe realizar inexorablemente cuando aquella resulte fallida, toda vez que por ningún motivo ni argumento se puede entender que su realización es facultativa: lo supletorio no significa, ni remotamente, discrecionalidad.

Así lo ha establecido la jurisprudencia constitucional:

"Las notificaciones en los procesos disciplinarios, se surten en forma personal, por estrado, por edicto o por conducta concluyente. Para efectos de la notificación personal de las referidas providencias, el interesado debe comparecer ante el funcionario competente, siendo entendido que éste debe disponer su citación con tal fin y de que ésta efectivamente se realice. Significa lo anterior, que la notificación por edicto no es una notificación principal sino subsidiaria, es decir, que opera cuando no es posible la notificación personal"[780] *(Negrillas fuera del texto).*

[780] Corte Constitucional, sentencia C-627 de 1996.

De allí que, "los actos de notificación, de citación y, en general, de publicidad al interior del procedimiento están revestidos de cierta solemnidad e importancia, pues a través de ellos, se garantiza efectivamente que las personas puedan conocer y controvertir las razones de hecho y de derecho en que las autoridades fundamentan sus providencias"[781].

Es evidente que una cosa es la comunicación conducente para realizar la notificación personal, paso previo y necesario para la fijación del edicto, y otra la notificación bajo esta modalidad ficta[782], puesto que, como lo tiene dicho la jurisprudencia constitucional, "la comunicación es un medio de información a través del cual se solicita la comparecencia al Despacho de la persona a quien se va a notificar de una decisión judicial[783].

Lo anterior no significa que quede a la libre voluntad del juzgador, como aquí ha tenido ocurrencia, el si se notifica o no un auto interlocutorio, puesto que "la notificación es una condición de posibilidad de la ejecución del debido proceso"[784]: esto es, por tener como fundamento nuclear el respeto por el debido proceso, se trata de "un acto reglado, es decir sujeto al principio de legalidad"[785].

De allí que categóricamente haya de afirmarse que "el conocimiento de la providencia debe entenderse producido cuando se han observado todas las formalidades prescritas por la ley para llevar a cabo la notificación"[786].

Quiere decir lo anterior que, sin plena notificación, no resulta posible ejecutar las decisiones judiciales. De allí que la Corte Constitucional tenga dicho que, sin el lleno de los requisitos legales, "la notificación se entenderá por no hecha, y no producirá efectos legales"[787] (Negrillas fuera del texto).

La jurisprudencia tiene dicho que "la forma como se lleven a cabo las notificaciones a las partes o a los interesados no es constitucionalmente irrelevante",[788] y su incum-

[781] Sentencia T-260 de 2006.

[782] No es de extrañar que la jurisprudencia constitucional haya señalado, en casos similares, que "si la notificación personal es la primera opción que debe intentarse en los procesos, salvo cuando no se conozca el lugar de residencia o de trabajo de la persona que debe recibirla, con el fin de que el demandado tenga un conocimiento cierto del proceso a fin de garantizarle plenamente su derecho de defensa, es claro que las diligencias para poner en su conocimiento la existencia del proceso deben realizarse de conformidad con la ley, pues de ello dependerá que se abra una vía supletiva para la notificación de ésa primera providencia, establecida con el fin de impedir que el proceso se paralice a merced de la voluntad de quien debe ser notificado, con lo que se entrabaría en normal el funcionamiento de la administración de justicia" (Sentencia T-225 de 2006) Negrillas fuera del texto.

[783] Sentencia C-798 de 2003.

[784] Sentencia T-419 de 1994.

[785] Sentencia C-648 de 2001.

[786] Sentencia C-648 de 2001.

[787] Sentencia T-215 de 2005.

[788] Sentencia T-361 de 1993.

plimiento tiene asignadas consecuencias jurídicas en el ámbito del debido proceso:

"Cuando una notificación no se adelanta en la forma establecida por la ley, se incurre en una causal de nulidad. Si la parte afectada por la indebida notificación actúa dentro del proceso, según el contenido de la providencia, sanea esa nulidad"[789] *(Negrillas y subrayas fuera del texto).*

La evolución jurisprudencial ha solidificado un precedente judicial de obligatorio cumplimiento,[790] *que en lo fundamental se traduce en los siguientes conceptos vigentes en materia constitucional:*

"... a). A partir de la regulación de la Carta Fundamental, en torno al debido proceso en las actuaciones judiciales surge la publicidad como uno de sus principios rectores, en virtud del cual el juez tiene el deber de poner en conocimiento de los sujetos procesales y de la comunidad en general, los actos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación, sanción o multa, teniendo en cuenta que su operancia no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo para propender por la efectividad de la democracia participativa (...) El principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública (...) El principio de publicidad persigue el logro de una finalidad de interés público. Ello, porque la publicidad, como principio, no es una mera norma susceptible de aplicarse o no en un determinado caso, sino que por su fuerza normativa y su textura abierta está llamado a tener eficacia directa por sí mismo en la diversidad de actuaciones administrativas o judiciales, salvo que a través de un juicio de ponderación constitucional resulte inaplicable a un asunto en concreto. De allí que, por regla general, toda actuación o proceso judicial debe ser público (...) El principio de publicidad conduce al logro de la obediencia jurídica en un Estado democrático de derecho, ya que sólo en la medida en que las personas tienen conocimiento de las actuaciones judiciales, esto es, del principio, regla o razón jurídica que constituye la base de una decisión judicial, las partes o los interesados podrían apelar a dicho fundamento para ajustar su conduc-

[789] Sentencia T-238 de 1996.

[790] Sentencias C-836 de 2001 y C-335 de 2008.

ta a las decisiones de los jueces. En este orden de ideas, es preciso recordar que, así como la imperatividad y obligatoriedad de la ley presupone su conocimiento por parte de los ciudadanos mediante su publicación en el Diario Oficial, también la imperatividad y obligatoriedad de las sentencias judiciales suponen su publicidad, pues lógicamente aquello que es desconocido por las partes o terceros no puede ser objeto de imposición, so pena de alterar y desconocer los valores, principios y reglas de un Estado Social Derecho. Sin embargo, es preciso aclarar que en cada caso la publicidad debe adecuarse a los sistemas de comunicación previstos en la ley...”

“b). En torno a las providencias judiciales, es posible igualmente distinguir entre los conceptos de ejecutoriedad de las decisiones judiciales (es decir, fallos en firme susceptibles de ser voluntaria o forzosamente ejecutados) y la producción de sus efectos jurídicos. Un fallo judicial no puede resultar obligatorio para los sujetos procesales cuando éstos no tienen conocimiento de su contenido, ya que los efectos jurídicos derivados de su obligatoriedad suponen el previo conocimiento de dichos sujetos procesales (...) La expresión notificar, en el campo del derecho, significa ‘hacer saber’ o ‘hacer conocer’. Por ello, la notificación más que pretender formalizar la comunicación del inicio, desarrollo o agotamiento de una actuación, procura asegurar la legalidad de las determinaciones adoptadas en una instancia judicial, ya que al ‘hacer conocer’ se garantiza que los distintos sujetos procesales puedan utilizar los instrumentos o medios judiciales necesarios para la protección de sus intereses (...) Una actuación judicial que no haya sido previamente notificada, no sólo desconoce el principio de publicidad sino también el derecho de defensa y de contradicción, lo que conlleva a la ineficacia de la decisión adoptada por el juez (...) La notificación como desarrollo específico del principio de publicidad, busca no sólo garantizar la efectividad del derecho fundamental al debido proceso sino alcanzar el logro de propósitos constitucionales más amplios. En consecuencia, si la notificación de las providencias no tiene como única finalidad que los sujetos procesales interpongan recursos, entonces no existe ninguna razón válida para considerar que una providencia ejecutoriada no deba ser notificada, más cuando a partir de su conocimiento surge la obligación para los sujetos procesales de adecuar voluntaria o coactivamente sus actos a lo ordenado por la autoridad judicial. Sin embargo, la Corte precisa que no se trata de imponer la obligación de notificar todo tipo de providencias, sino más bien de resaltar, que la firmeza de una providencia (entre ellas, las sentencias, los autos interlocutorios o las resoluciones), por el hecho de carecer de recursos o haberse resuelto los legalmente procedentes, no constituye un motivo o una razón suficiente para excluirlas de notificación, puesto que el principio de publicidad y la institución jurídica de la

notificación cumplen propósitos constitucionales de mayor relevancia (...) La ejecutoria de una decisión judicial es un fenómeno distinto al instituto procesal de la cosa juzgada, ya que éste último tiene como objetivo otorgar una calificación jurídica especial a algunas decisiones ejecutoriadas. Por lo cual, se puede afirmar que no existe cosa juzgada sin ejecutoria, pero no siempre la ejecutoria de una providencia judicial entraña la existencia de aquélla (es lo que ocurre con los autos interlocutorios)... Solamente cuando las decisiones judiciales quedan ejecutoriadas son de estricto cumplimiento, sin embargo, la producción de sus efectos jurídicos supone el conocimiento previo de los sujetos procesales (...) Una decisión judicial resulta obligatoria e imperativa porque se encuentra plenamente ejecutoriada, mas la producción de sus efectos jurídicos depende de la previa notificación de su contenido a los distintos sujetos procesales. Esto porque si una de las finalidades de la publicidad consiste en informar a dichos sujetos sobre la obligación de acatar una determinada conducta, no se podría obtener su cumplimiento coactivo en contra de la voluntad de los obligados, cuando éstos ignoran por completo lo dispuesto en la decisión judicial, desconociendo la premisa fundamental de un régimen democrático, según la cual el conocimiento de una decisión permite establecer los deberes de las personas y demarcar el poder de coacción de las autoridades, lejos de medidas arbitrarias o secretas propias de regímenes absolutistas"[791] *(Negrillas y subrayas fuera del texto).*

Por ello se ha dicho que, al no observarse el anterior precedente judicial, "es dable afirmar que incurre en vía de hecho la autoridad judicial o administrativa que le hace producir efectos a una providencia judicial que no ha sido notificada al afectado, acorde con las previsiones prescritas en el ordenamiento, así contra la decisión no proceda ningún recurso"[792].

Muy recientemente, las posiciones anteriores han sido ratificadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, con lo que se demuestra que la figura estudiada, como requisito *sine qua non* de las actuaciones judiciales ajustadas al debido proceso, opera en todo y absolutamente todo el sector del derecho disciplinario, en sentido amplio:

Por la jurisprudencia constitucional,[793] con relación al cómputo del término de prescripción de la acción disciplinaria que consagraba el Decreto 196 de 1.971:

"Con relación al (...) tema, el marco jurídico vinculante es el artículo 187 del C.P.P, el cual presupone que para que ciertas providencias tengan efectos jurídicos deben ser notificadas, entre ellas las sentencias de fondo. El 'término de prescripción de la acción penal previsto

[791] Sentencia C-641 de 2002. Ratificada, para la materia disciplinaria, por la sentencia C-1076 de 2002.

[792] Sentencia T-1137 de 2004.

[793] Sentencia T-282A de 2012.

en el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal, no se extingue por la imposición de la pena mediante una decisión en firme y ejecutoriada, sino hasta que dicha providencia sea efectivamente notificada. Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto, la notificación de la sanción penal es la que extingue la prescripción de la acción del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal y no la decisión en firme y ejecutoriada' (Sentencia C-641 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil). Por ello, esta Corporación fijó como ratio decidendi que 'una vez efectuada la notificación personal o realizada la notificación por edicto (en caso de no ser posible la primera), se entiende que los sujetos procesales conocieron la decisión judicial, y a partir de ese momento se extingue el término de prescripción de la acción y empieza a contar la prescripción de la pena".

Por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, tendiente a unificar, ante la importancia jurídica del tema, los diferentes criterios emitidos por Salas del Consejo de Estado[794]:

"Análisis de la sala

"La prescripción de la acción disciplinaria

"La actora considera que la acción disciplinaria que la Procuraduría General de la Nación adelantó en su contra y que culminó con la sanción de la misma naturaleza, se encuentra prescrita en los términos del artículo 30 de la ley 734 de 2.002, cuyo texto es del siguiente tenor literal...

(...)

"El artículo 30 de la ley 734 de 2.002 fijó un término de cinco (5) años para la prescripción de la acción disciplinaria, contados a partir del día para la consumación de la falta cuando ella fuese instantánea, o desde la realización del último acto cuando fuese de carácter permanente o continuo.

(...)

"Previo a determinar si en el presente caso existe o no prescripción de la acción disciplinaria, la Sala efectuará un recuento jurisprudencial que ha tenido el tema en el Consejo de Estado.

"La prescripción de la acción sancionatoria ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de las Salas que integran la Contencioso Administrativa, y de ésta misma que al conocer del asunto por importancia jurídica y en orden a unificar los diferentes criterios, emitió el pronunciamiento al que más adelante se referirá esta Sala y que corresponde a la jurisprudencia actualmente vigente.

"Tesis de la Subsección B en relación con la prescripción de la acción sancionatoria

[794] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B", sentencia de 7 de mayo 7 2013, Consejera Ponente doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado N. o 11001-03-25-000-2010-00042-00

(...)

"Al respecto, esta Sala manifestó:

"... En el caso de análisis, como ya se relató, la decisión era de única instancia, pero estaba sujeta a recurso de reposición y debió concluirse la actuación antes del 26 de julio de 1.995.

"El asunto se definió en tiempo por la resolución No. 13 de 5 de julio de 1.995, pero esta fue recurrida y la decisión del recurso se tomó por resolución No. 16 de 19 de julio de 1.995, todavía en tiempo, pero como no se notificó en debida forma, los interesados interpusieron acción de tutela, en protección de su derecho constitucional fundamental al debido proceso, que les fue favorable, razón por la cual la sentencia solo quedó ejecutoriada el 25 de agosto de 2.005, vencido el término de prescripción.

"Significa lo anterior que la resolución No. 16 de 19 de julio de 1.995 quedó ejecutoriada por fuera del período quinquenal de prescripción y, en consecuencia, cuando la Procuraduría Delegada impuso al actor la sanción de destitución, había perdido competencia para sancionarlo..." (Negrillas y subraya fuera del texto).

"Tesis de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en relación con la prescripción de la acción sancionatoria

"Contra la sentencia referida en el aparte precedente, dictada por esta Sala el 23 de mayo de mayo de 2.002[795]*, la Procuraduría General de la Nación (entidad demandada), interpuso recurso extraordinario de súplica, el cual no fue resuelto por la Sala Transitoria de Decisión Segunda B, a quien competía, sino por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en tanto aquella consideró que por la importancia jurídica del tema a definir, tratado indistintamente por las Secciones, a ésta correspondía decidir.*

(...)

"La Sala Plena consideró unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, en razón a que ese fue el motivo para que el proceso fuese llevado por importancia jurídica a esa Sala, y procedió a explicar las razones por las cuales consideró que la tesis de recibo y que debía imperar era la que proclamaba que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa, esto al expedir y notificar el acto administrativo principal, que, en su sentir, corresponde de fondo el proceso disciplinario; el que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria, y en el cual se concreta la expresión de voluntad de la Administración.

"En la sentencia que unificó la juris-

[795] Sentencia de 23 de mayo de 2.002, M.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, actor Álvaro Hernán Velandia Hurtado. Expediente 17112

prudencia relativa a la prescripción de la acción sancionatoria, la Sala Plena expuso:

(...)

"En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado... otorgó un equivocado entendimiento, al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria".[796]

"Acción de tutela contra la providencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

(...)

"Finalmente, la Sala Plena Contenciosa, Sección Segunda Subsección A, Sala de Conjueces, mediante sentencia de 17 de abril de 2.013, tuteló los derechos fundamentales del actor al debido proceso y derecho de defensa, para lo cual revocó la sentencia de 29 de septiembre de 2.009, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que resolvió el recurso de súplica dentro del expediente 2003-00442-01, actor Álvaro Hernán Velandia Hurtado, y en su lugar dispuso dejar en firme la sentencia de 23 de mayo de 2.002, proferida por la Sección Segunda Subsección B, teniendo en cuenta la siguiente fundamentación:

"1. La sola notificación del fallo disciplinario de única instancia sin la observancia de lo previsto en el Código Contencioso Administrativo en lo relativo al agotamiento de la vía gubernativa y firmeza de los actos, constituye una vía de hecho por defecto material por desconocimiento del debido proceso.

"2... 3... 4... 5. Por lo anterior, no puede declararse impuesta la sanción disciplinaria y terminado el proceso disciplinario, antes de que este realmente concluya con la plenitud de las formalidades legalmente establecidas para su trámite.

"Del anterior recuento, se concluye que la jurisprudencia vigente en materia de prescripción de la acción administrativa disciplinaria es la proferida el 23 de mayo de 2.002, por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, expediente 17112, actor Alvaro Hernán Velandia Hurtado, según la cual, dentro del término prescriptivo establecido por la ley, la autoridad

[796] Sentencia de 29 de septiembre de 2.009, M.P. doctora Susana Buitrago Valencia. Radicación número 11001-03-15-000-2003-00442-01(S). Actor, Álvaro Hernán Velandia Hurtado.

competente debe concluir la actuación administrativa, expidiendo y notificando el acto que resuelve los recursos interpuestos contra la decisión principal que impone la sanción principal al investigado, con los cuales se agotaría la vía gubernativa.

(...)

"Conforme a lo anotado, el cargo de prescripción de la acción disciplinaria está llamado a prosperar, razón por la cual se declarará la nulidad de los actos acusados, ordenando el reintegro de la accionante con las consecuencias económicas correspondientes, y se dispondrá la desanotación de los antecedentes disciplinarios y el consecuente restablecimiento del derecho" (Negrillas y subrayas fuera del texto).

En fin, la jurisprudencia constitucional tiene sentado que los "...los efectos jurídicos de la decisiones judiciales ejecutoriadas previstas en el artículo 187 del C. de P.P., presuponen su notificación"[797] (Negrillas y subrayas).

4. El agotamiento de la vía gubernativa como condición necesaria para el cumplimiento del debido proceso y presupuesto de ejercicio de la acción contenciosa administrativa

Es preciso indicar que, "el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa sigue existiendo en el actual código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo". Cuando un acto adquiere firmeza, implica que es obligatorio y puede ser exigido su cumplimiento por la Entidad Pública de manera oficiosa; es decir, sin tener que acudir al juez administrativo, en virtud de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos[798]; lo que determina que el procedimiento administrativo se encuentra surtido y que en ciertos eventos la vía gubernativa también y solo queda acudir a la vía jurisdiccional para enjuiciar la decisión.

Aunque el agotamiento de la vía gubernativa implica siempre firmeza del acto administrativo, no siempre que un acto administrativo se encuentre en firme, es posible decir que se ha surtido la vía gubernativa. Así, el agota la vía gubernativa, lo implica surtir el trámite administrativo consistente en solicitar pronunciamiento de la Administración sobre determinado tema y una vez logrado, controvertir la decisión a través del recurso de apelación que es obligatorio o estar conforme con la misma; pero además, existe la posibilidad de impugnación a través del recurso de reposición, que, siendo facultativo, se puede renunciar o no hacer uso en el término previsto por la ley para interponerlo; y por último, través de la consagración expresa de la regulación normativa de quedar surtido el procedimiento

[797] Sentencia C-641 de 2002. Ratificada, para la materia disciplinaria, por la sentencia C-1076 de 2002.

[798] Ramón Parada. Derecho Administrativo, Parte General, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2004, p. 142.

administrativo, por no proceder recurso en vía administrativa contra el acto[799].

En estas circunstancias, el agotamiento de la vía administrativa implica varias connotaciones: el pronunciamiento de la Administración, la contradicción del acto y por último, la posibilidad que tiene la entidad pública de cambiar o modificar sus decisiones como consecuencia del recurso[800], Entonces, el acto puede cobrar firmeza por no haberse interpuesto el recurso de apelación, pero no se habrá agotado la vía gubernativa, porque este recurso es obligatorio, lo que de termina en la regulación actual el cumplimiento del requisito de procedibilidad correspondiente.

El actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de la Ley 1437 de 2011, no hace referencia de forma expresa al agotamiento de la vía gubernativa, sino que contempla la firmeza de los actos administrativos, que como se ha indicado no es otra cosa que pronunciamiento sobre recursos; pero además, consagra el requisito previo a la demanda de haberse resuelto los recursos en vía administrativa[801]; referencias que de ninguna manera han acabado con el agotamiento de la vía gubernativa, porque son trámites obligatorios que deben surtirse ante las entidades públicas, para tener la posibilidad de acudir a la jurisdicción en la acción o medio de control contencioso administrativo.

Como se puede ver, el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa implica requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial, en cuanto a que si no se ha cumplido con el trámite administrativo previo, la demanda contencioso administrativa será rechazada, por falta de cumplimiento de dicho requisito; el cual no solo implica formular una solicitud a la Administración y la impugnación a través de los recursos la decisión proferida, por no estar de acuerdo con la misma, sino que la solicitud en vía administrativa, debe estar acorde con las pretensiones en la acción judicial.

En efecto, se debe identificar lo solicitado en la petición en vía administrativa, con lo solicitado en la demanda, porque si esto no es así y en la demanda se solicitan condenas respecto de puntos o aspectos que no fueron objeto de pedimento administrativo, no existirá agotamiento de la vía gubernativa, en cuanto a que no se le dio oportunidad a la Administración de pronunciarse sobre lo pedido en la demanda[802].

En otro sentido, es pertinente resaltar, que el agotamiento de la vía administrativa es requisito necesario para acudir a la vía judicial, en algunos asuntos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto es así, en cuanto que la actuación administrativa que se surta determine un decisión de

[799] Miguel González Rodríguez. Derecho Procesal Administrativo Tomo II, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1989, p. 406.

[800] González Rodríguez, ob. cit, p. 44.

[801] Artículo 161 del CPACA, modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021.

[802] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Daniel Manrique Guzmán. Exp. 200-0521-01-11326.

la Administración susceptible del recurso del cual es obligatoria y en esta medida hay que interponerlo para poder acudir a la vía judicial.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no establece los eventos taxativos en que opera el agotamiento de la vía administrativa, es posible determinar los casos en que se considera agotada la misma; así, cuando opera el silencio administrativo negativo en relación con la primera petición y no se da oportunidad de interponer los recursos, se considera agotada la vía gubernativa. En efecto, el artículo 161 del CPACA, contempla en forma expresa que en caso de darse el silencio administrativo en cuanto a la primera petición, se surte la vía administrativa; de la misma forma, cuando no se da oportunidad de interponer los recursos, aunque no se consigna en forma expresa el agotamiento de la vía gubernativa, si se permite instaurar directamente la acción contencioso administrativa y en esta circunstancia, es posible decir que se está considerando un agotamiento tácito, como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción o medio de control correspondiente[803].

Como consecuencia de lo anterior, el trámite administrativo implica ciertas circunstancias para acudir a la vía judicial, las cuales hacen que tanto la Administración como las personas, desarrollen actividades para lograr la conformación adecuada de un procedimiento, que por surtirse ante la entidades públicas administrativas se denomina administrativo y respecto del cual hemos tratado de realizar un detallado análisis legal, doctrinario y jurisprudencial, que nos permita abordar el procedimiento contencioso administrativo, en norma adecuada, como lo pasamos a hacer.

El Consejo de Estado[804] de vieja data ha venido analizando el agotamiento de la vía gubernativa bajo el siguiente criterio material, es decir, que aún con la entrada en vigencia del CPACA (Ley 1437 de 2011) y su modificación (Ley 2080 de 2021) las características y formas del agotamiento de la vía gubernativa no han cambiado, para la corporación tampoco, a decir sobre el particular que:

> *"La Sala ha indicado que el agotamiento de la vía gubernativa, presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consiste, en términos generales, en la necesidad de usar los recursos legales para poder impugnar los actos administrativos. Su finalidad es que la Administración tenga la oportunidad de revisar sus propias decisiones con el objeto de que pueda revocarlas, modificarlas o aclararlas, esto es, que las autoridades administrativas puedan rectificar sus propios errores, antes de*

[803] Artículo 161 y 87 del CPACA. Requisitos previos de la demanda y firmeza de los actos administrativos (a pesar de que no se habla del agotamiento de vía gubernativa, si habla de requisitos).

[804] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Martha Teresa Briceño Valencia. Exp. No. 25000-23-27-000-2007-00191-01(17251)

que sean objeto de un proceso judicial. En efecto, se ha precisado que "La razón de la exigencia legal del señalado agotamiento deviene del principio llamado de la decisión previa que le permite a la administración antes de acudir al medio judicial, que revise sus propios actos y otorga a los administrados una garantía sobre sus derechos al presentar motivos de inconformidad para que sea enmendada la actuación si es del caso, antes de que conozca de ella quien tiene la competencia para juzgarla".

Así las cosas, el agotamiento de la vía gubernativa se convierte en parte fundamental del debido proceso administrativo para acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, acción propia para acudir al control en sede judicial de los actos administrativos de carácter particular y concretos.

Capítulo 2

El derecho a la aclaración, corrección y adición de las decisiones disciplinarias como un recurso atípico para el aseguramiento de los derechos al debido proceso y a la defensa

1. La ejecutoria formal y la ejecutoria material de las decisiones disciplinarias

Si consideramos que las decisiones disciplinarias son meras actuaciones administrativas con la particularidad que no estamos frente a la voluntad unilateral de la Administración, sino, frente a actos *prima facie* en donde se deben resolver situaciones jurídicas de responsabilidad de servidores públicos, se hace necesario que las decisiones contenidas en los actos sean siempre de fondo y que las mismas adquieran firmeza de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 87 del CPACA.

Al respecto, la firmeza trae consigo en principio dos efectos automáticos en el acto: i) la ejecutividad y ii) la ejecutoriedad. La primera, referida a la fuerza normativa de lo que dispone el acto, y a su imperioso cumplimiento por parte de la autoridad que lo emite, así como por sus destinatarios. Este encierra la obligatoriedad objetiva del acto y la legitimación de toda actividad que conduzca para hacerlo cumplir. Entonces, (para el autor) se podría asimilar a un título ejecutivo.

La segunda, también llamada fuerza ejecutoria, se podría denominar como la suficiencia jurídica del acto administrativo para que por sí mismo, la autoridad que lo profirió pueda efectuar de manera directa las actuaciones necesarias para su cumplimiento.

La ejecutoria, esto es, el que se adquiera la firmeza de la decisión y la Administración quede habilitada para dar curso al compartimento o estanco siguiente, dado el principio procesal del mismo nombre que da cuenta de los previos y consiguientes pasos procesales que toda actuación implica, es requisito *sine que non* de la validez de la actuación, toda vez que hace parte de las formas propias del juicio (artículo 29 inciso 2º de la Carta Política), es aquello a lo que está referido el artículo 12 de la Ley 1952 de 2019 como el debido proceso formal, el referido en el 29 constitucional a partir de la expresión "observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", toda vez que en el inciso 1º del mismo se consagra un concepto más amplio de debido proceso, aquel proveniente de la tradición formalista francesa de los "ritos procesales", el que preside el artículo 29 proveniente de la tradición angloamericana y muy especialmente de la jurisprudencia estadounidense, que ya se identificaba claramente como debido proceso sustancial o material en el artículo

6 de la Ley 734 de 2002, hoy refrendado por el 12 mencionado.

Ello ha permitido que se elabore una muy nutrida jurisprudencia constitucional, que se ha desarrollado principalmente a partir de la inauguración de la doctrina de la nulidad constitucional elaborada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la segunda mitad del siglo XX, la cual cristalizó legalmente en la fórmula –"La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso"- que ha sido utilizada en todos los códigos de procedimiento penal y códigos disciplinarios comenzando por la Ley 200 de 1995, continuando por la Ley 734 de 2002, receptada por los códigos penales y disciplinarios militares y policiales, para adquirir el sello de autoridad actual, a pesar de su inclusión en la Ley 1952 de 2019, por el artículo 3 de la Ley 2094 de 2021 según el cual, con carácter de principio rector y en plena conexión con los artículos 2 y 228 constitucionales, "el disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, quienes deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal" (Subrayas y negrillas fuera de texto). Se resalta lo anterior, pues si bien antes se hablaba de un debido proceso formal y material, se combinaba la fórmula sobre "las normas que determinen la ritualidad del proceso", lo que en cierta forma oscurecía o enturbiaba el estudio del debido proceso en términos sustanciales al introducir el elemento del "rito", lo que vincula el tema con lo que se practica como costumbre o lo repetido invariablemente, que ancla el pensamiento en algo ya dado, lo que le imprime una tonalidad conservadora muy propia de las religiones, incompatible con el principio de progresividad que rige la materia de los derechos humanos pues el legislador, por supuesto también el juez disciplinario, están "obligados a acatar los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas[805] y el de progresividad y no regresividad[806]"-[807], ahora se libera de tal obstrucción cuando se adicionó con muy buen tino y juicio constitucional, la expresión "dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal", haciendo entonces, mención propia del sentido y contenido de los artículos 2 y 228 constitucionales en cuanto normas de normas que, como factores determinantes del debido proceso constitucional, priman sobre cualquier otra que se les oponga según el artículo 22 de la ley disciplinaria (artículos 29, 85, 86, 229 y 230 constitucionales).

Así, entonces, la ejecutoria debe entenderse en términos formales y en términos

[805] Sentencias C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-279 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[806] Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2021, reiterando sentencia C- 372 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[807] Por virtud del principio de progresividad, siempre será deseable que la ley amplíe la oportunidad de defensa en los "actos del procedimiento"; Sergio García Ramírez. Proceso Penal y Derechos Humanos, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 83.

materiales, como los procesalistas califican el fenómeno, bastando consultar para ello los libros sobre derecho procesal de Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett[808] -la importancia de los principios de la Teoría General del Proceso y Constitucionales viene exigida por los artículo 11 y 12 del Código General del Proceso[809], aplicables por lo dispuesto en los artículos 1 del mismo y 306 del Código de Procedimientos Administrativos Contencioso Administrativo[810], 22 y 114 de la Ley 1952 de 2019- y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues ya se vio como la notificación de toda decisión como sentencias, autos interlocutorios y autos de sustanciación notificables es imperativa, como también el que se dejen transcurrir los términos de ejecutoria formal, sin poder sin una y otra, necesarias pero insuficientes en sí mismas e individualmente, para cumplir el debido proceso requerido para su ejecutoriedad[811], lo cual por supuesto tiene que ser reclamado por la defensa técnica o material so causa de convalidación, pues no hacerlo implicaría la ausencia de los principios necesarios para la declaratoria de nulidad por haber coadyuvado pasivamente la defensa en la irregularidad (artículo 203 numerales 3º y 4º de la Ley 1952 de 2019).

Y es así, por cuanto, la nulidad , ejecutoria material según el principio que expresa que "solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial" (artículo 203 numeral 5º de la Ley 1952 de 2019), de manera que, cuando la ejecutoria es meramente formal de oficio o por advertencia de la defensa el funcionario disciplinario debe corregir el auto, notificándolo y dejando transcurrir los términos de ejecutoria formal o si, fue notificado, dejando cumplir estos últimos, para lo cual deberá dar aplicación vía integración analógica favorable, según el 22 ibidem -y por virtud de precedente judicial de obligatorio cumplimiento como es la sentencia C-107 de 2004 de la Corte Constitucional-, del artículo 15 inciso 2º de la Ley 600 de 2000 según el cual "el funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales", norma vinculada con el acceso

[808] Son múltiples las ediciones del "Proceso Penal" que arranca su primera edición en 1983, publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

[809] Así también lo dispone el artículo 103 inciso 2º del CPACA, al establecer que "en la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal".

[810] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", auto de segunda instancia de marzo 19 de 2020, C.P. William Gómez Hernández, Radicación número: 25000-23-42-000-2015-03421-01(3337-16).

[811] Así se expresó cuando considero respecto de un trámite de segunda instancia, mismo que no tenía recurso alguno: "«Según el Procurador Delegado, la calificación del mérito del sumario quedó en firme el 11 de diciembre de 2006 (fecha en la cual la acusación de segunda instancia fue suscrita por el Fiscal Delegado ante el Tribunal), o bien el 28 de marzo de 2007 (día en que se notificó por estado dicha decisión). En realidad, adquirió firmeza el 2 de abril de 2007, cuando se agotó el lapso de ejecutoria que debía contarse desde la última notificación", por decisión de junio 22 de 2016, radicado 42.930.

efectivo a la Administración de Justicia en los términos de los artículos 229 de la Carta Política, 1, 2, 7 y 9 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -puesto que, por sentencia T-350 de 2011, la Corte Constitucional estableció la obligatoriedad de la aplicación de los "principios" de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia a los procesos disciplinarios llevados a cabo por la Procuraduría General de la Nación-, 2, 13 y 14 del Código General del Proceso.

Ahora, si se estima que no se aplica dicha norma, entonces también la obligación existe, como no hay regulación legal, aplica el CPACA en lo dispuesto en su artículo 2 inciso final, por ello su artículo 3 en su numeral 11 dispone perentoriamente que "en virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa".

No proceder así implica violar los principios de instrumentalidad de las formas de que da cuenta el artículo 11 de la Ley 1952 de 2019 y de la buena fe constitucional del artículo 83, la que se aplica a todos los servidores públicos. De ello no se encuentran liberados los funcionarios disciplinarios, por tanto, se les aplica el principio rector contenido en el artículo 17 de la Ley 600 de 2000, según el cual "quienes intervienen en la actuación procesal están en el deber de hacerlo con absoluta lealtad y buena fe", por virtud de lo demandado por el artículo 22 de la Ley Disciplinaria o, de conformidad con el artículo 2 inciso final del CPACA, se aplica el artículo 3 numeral 5º que manda perentoriamente que "en virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas".

La omisión pues, tanto de la notificación o de darle curso al tránsito de la ejecutoria formal, como ambas, comporta una violación al debido proceso y consiguientemente al derecho de defensa, toda vez que lo obstaculiza, al no permitirle al defensor ejercer los actos legítimos procedentes constitucional y legalmente contra las decisiones disciplinarias, no quedando integrado en debida forma el contradictorio, que hace parte también de las exigencias del debido proceso, pues la sentencia C-029 de la Corte Constitucional ha señalado que este consiste, en todo aquello que se ha venido perfilando claramente en la línea jurisprudencial pertinente, pero además en "una de sus expresiones consiste[nte] en el deber de la autoridad judicial o administrativa de integrar debidamente el contradictorio[812]".

Por ello, refiere la sentencia C-29 de 2021, en línea con la precisión anterior sobre la integración del debido contradictorio, que "los mandatos constitucionales imponen '(...) la existencia de procedimientos

[812] Sentencias C-031 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-038 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

adecuados de publicidad del proceso (...) para hacer efectivo el principio de contradicción, una de cuyas manifestaciones más enérgicas la constituye el derecho a impugnar las providencias'[813]"; nótese que no establece una subregla constitucional cerrada, pues se refiere en plural a "una de cuyas manifestaciones más enérgicas la constituye el derecho a impugnar las providencias", lo que implica que además de los recursos existen otra manifestaciones del derecho de impugnación o postulación vinculados con el derecho de defensa.

Así, como se ha visto, no podría la autoridad disciplinaria dejar de notificar en vigencia de la Ley 734 de 2002, para efectos del artículo 119 inciso 2º dejar de notificar el fallo de segunda instancia, con el argumento de que con la firma se encuentra ejecutoriado –"Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, así cómo aquellas contra las cuáles no procede recurso alguno, quedaran en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente"-, toda vez que la Corte Constitucional por sentencia C-1076 de 2002 señaló la perentoria necesidad de notificación, lo cual por supuesto está referido a la segunda instancia cuando resuelve los recursos de apelación y queja, pero también respecto de todas aquellas decisiones -en este caso autos, interlocutorios todos y de sustanciación que requieran notificación especial-"contra las cuáles no procede recurso alguno".

Y ello tiene que ser así, habida cuenta que, como lo dispuso la Corte Constitucional, el fallo de segunda instancia queda ejecutoriado, pero solo formalmente, pues no interrumpe los términos de prescripción sino cuando se encuentre ejecutoriado luego de notificado.

También así la Corte Constitucional[814] que ratifico la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando, respecto del auto que cierra la investigación en el sistema del Decreto 2770 de 1991, señaló que la oportunidad para allanarse a los cargos no iba como afirmaba su artículo 37 hasta el cierre de investigación, su proferimiento era necesario pero no suficiente –"Ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada."-, sino hasta el momento de su ejecutoria luego de corridos los términos procesales una vez se efectuara la notificación.

[813] Sentencia C-892 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[814] Sentencia T-356 de 2007, con Ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto: "Así, la sentencia anticipada se caracterizaba por que (i) el imputado renunciaba a la tramitación integral del proceso cuando aceptaba los cargos formulados en su contra y se encontraban demostrados los presupuestos probatorios para fundamentar sentencia condenatoria; (ii) la titularidad para solicitar tal beneficio correspondía exclusivamente al acusado; (iii) la petición se elevaba, en la etapa de instrucción, a partir de la resolución que resolvía la situación jurídica al procesado, una vez se encontrara ejecutoriada, hasta antes del cierre de la investigación, sin necesidad de que esta providencia adquiriera firmeza, obteniendo una rebaja de pena hasta de 1/3 parte..." (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Igualmente, así tiene que ser, por ejemplo, cuando se revoca una decisión absolutoria de primera instancia y se condena por fallo de segunda, con el argumento de que es una decisión de segunda instancia en aquellos procesos que siguen la aplicación de la Ley 734 de 2002, pero que deben recibir la favorabilidad retroactiva de la Ley 2094 de 2021, respecto de la consagración del principio de "doble conformidad".

Piénsese, además, en casos donde se ataca vía tutela una decisión disciplinaria, como un fallo, un auto interlocutorio incluso no recurrible o uno de sustanciación notificable, para efectos de considerar el plazo razonable de seis (6) meses para interponerla según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que obra como una verdadera causal de caducidad de la acción. ¿Se cuentan a partir de la decisión, de la notificación si se hizo o del transcurso de los tres días de ejecutoria formal contados a partir de la última notificación? La incertidumbre y las malas prácticas administrativas, como se advierte en los funcionarios disciplinarios, darían al traste con el adecuado ejercicio del derecho de defensa, puesto que la oportunidad para ejercer la acción de tutela se diluiría en la libérrima voluntad de la Administración Pública.

Pero además, toda decisión, fallo o auto interlocutorio tiene que ser notificada, y puede que contra la misma no proceda recurso alguno -por ejemplo el fallo de segunda instancia que confirma la declaratoria de responsabilidad disciplinaria- o de un auto interlocutorio que hace la conversión de suspensión provisional a multa, no señalado como susceptible de recurso, y en los mismos se comete una omisión relevante que implique una adición de los mismos. ¿Cuál es la oportunidad para hacerlo?

Proceder como con malas prácticas la administración lo viene haciendo, no notificando los autos interlocutorios que no tienen recursos y los de sustanciación notificables en la misma forma o notificando pero no dejando transcurrir los términos de la ejecutoria formal, no solo afectan el debido proceso sino que impiden un adecuado ejercicio del derecho de defensa, al cercenar indebidamente el curso necesario que debe otorgársele a la vía gubernativa o vía administrativa.

El que un acto de trámite en una actuación compleja que debe culminar normalmente con un fallo no sea susceptible de acción contenciosa administrativa no significa, ni remotamente, que contra el mismo no se pueda ejercer el derecho de defensa, lo único cierto es que tiene que ejercerse dentro del mismo proceso disciplinario o al finalizar el mismo como se señala en los artículos 75, 101 y 104 del CPACA. Empero, igualmente, si se trata de un auto interlocutorio que no admite recurso[815], tal como sucede con el auto inhibitorio según el artículo 209 –"... el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna. Contra esta decisión no procede recurso"-

[815] Atacable ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en cuanto se trata de un acto definitivo, definiéndose como tal, los "actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación" (artículo 43 del CPACA).

de la Ley 1952 de 2019, el mismo es atacable ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues a ella no se sustraen los autos interlocutorios de este tipo, pues se trata de un acto administrativo definitivo en los términos de los artículos anteriores, ante el cual la notificación y el transcurso de los términos de ejecutoria formal son necesarios para determinar la caducidad de la acción administrativa.

Así se demuestra en vía gubernativa en general, necesidad de notificación del acto y transcurso del término de ejecutoria formal, pues si la revocatoria directa de los actos administrativos en general no procede "cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial" (artículo 94 CPACA),a contrario *sensu sí* procede contra los autos, incluidos los interlocutorios, que no sean susceptibles de ningún recurso, puesto que es necesario atender el término de ejecutoria formal para contabilidad el término de caducidad.

No en vano, pues, el CPACA establece en su artículo 2 inciso final que "las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código", lo que indica muy claramente que, salvo disposición en contrario establecida en la ley especial, si no se ha previsto un procedimiento o un trámite especial deberá aplicarse lo mandado perentoriamente por su inciso 1º, según el cual "las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades".

Y entre esos procedimientos o trámites, están las notificaciones que cumplen con el principio de publicidad según lo ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-029 de 2021, a lo cual se refiere, y resulta aplicable por lo dicho anteriormente, el numeral 9º del artículo 3 del CPACA, según el cual "en virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados... sin que medie petición alguna ... sus actos... y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley".

Como defensor técnico se tiene el derecho a que las autoridades públicas suministren "respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto" y "ser tratado con el respeto y la consideración debida a la dignidad de la persona humana" (artículo 5 numerales 4º y 5º del CPACA), aplicables también por virtud de la norma anterior, eficacia que se traduce en el deber impuesto a los servidores públicos en su artículo 3 en su numeral 11, que dispone perentoriamente que "en virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se

presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa" y de no dejar al defensor en una monólogo sin diálogo de escucha de sus argumentos, como se desprende de los artículos 1 y 2 de la Carta Política y 1 de la Ley 1952 de 2019, por lo que debe exigirse que se cumpla con dichos deberes por parte del servidor público funcionario disciplinario, conforme al numeral 13 del artículo 3 arriba citado, según el cual les compete "el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones administrativas".

No con evasivas y sofismas como se ha venido haciendo, pues también se desconoce el deber de los servidores disciplinarios, correlativo al derecho de la defensa, de "formular alegaciones... en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés ... que sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que estas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente" (artículo 3 numeral 8º del CPACA).

Sería absolutamente insólito y absurdo que todo ello se exija para procedimientos meramente administrativos y no para los que le compete a la Procuraduría General de la Nación, por ello el artículo 3 del CPACA resultó adicionado con un numeral 11 con la expresión "cualquier otro que le reconozca la Constitución y las leyes", por el artículo 1º de la Ley 2080 de 2021

Por ello se reitera en el CPACA, en su **artículo 34: "***Procedimiento administrativo común y principal.* Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código".

Como desarrollo de la anterior norma, el mismo CPACA establece perentoriamente en su artículo 41, sobre **"***Corrección de irregularidades en la actuación administrativa"* que "la autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla".

Por ningún motivo puede, entonces, excluirse la autoridad disciplinaria de las disposiciones antes mencionadas, pues al alegar que no aplica el Código de Procedimiento Penal o el Código General del Proceso, ineluctable e indefectiblemente aplica el CPACA por lo hasta ahora expuesto y por lo señalado en los artículos 22 y 114 de la Ley Disciplinaria. Y por si todavía hubiese duda, recordamos el inciso final de su artículo 2 y le sumamos lo dispuesto en su artículo 47, según el cual "los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes" (Negrillas y resaltado fuera de texto).

Por ello, no solo las normas citadas al co-

mienzo de este aparte precisan la necesidad de notificar todo fallo, auto interlocutorio incluso si no tiene recurso y autos de sustanciación expresamente señalados, lo que resulta plenamente compatible y en armonía para su adecuada interpretación, con lo señalado en el artículo 66 del CPACA, que dispone claramente: "*Deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto.* Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes".

Por si fuera poco, respecto de todo lo anteriormente señalado, el artículo 72 del CPACA establece perentoriamente que "sin el lleno de los anteriores requisitos -de las notificaciones- no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión", razón de más para señalar la validez imperativa de las jurisprudencias constitucionales mencionadas en lo largo de lo escrito.

Pero además, sistemáticamente interpretada la norma anterior con el artículo 74 del mismo CPACA, todo acto administrativo debe notificarse, incluso los que no tengan recursos, obviamente por todo lo anotado sobre la ejecutoria formal de las decisiones administrativas y judiciales.

Por tanto, se concluye respecto del principio de ejecutoriedad que se requiere la ejecutoria formal del acto, aunque no admita recurso, diferenciando el acto como tal, su notificación, adquisición de firmeza y ejecutoria, pues ella marca la obligatoriedad de su cumplimiento y la oportunidad con conocimiento de causa del afectado para cumplir la orden impartida según el artículo 88 del CPACA, en cuyo caso de incumplimiento se dará aplicación al artículo 91 ibidem que dispone sobre la "*Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo*": "Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: ... 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos", disposición normativa que también diferencia "el acto como tal, su notificación, adquisición de firmeza y ejecutoria".

Aplíquese la Ley 734 de 2002, la 1952 de 2019, la 600 de 2000, el CPACA o el Código General del Proceso, los actos administrativos como los fallos, los autos interlocutorios incluidos los no recurribles y los autos de sustanciación notificables tienen que ser notificados, sin que se pueda argumentar que no tienen recursos, pues así lo demanda el principio de publicidad que hace parte del debido proceso y es condición de ejercicio del derecho de defensa -incluida jurisdicción contenciosa administrativa-, siendo ello necesario pero no suficiente, pues deben dejarse transcurrir o cursar los términos de ejecutoria formal para que se adquiera firmeza y ejecutoriedad.

Por todo ello la doctrina universal conviene en afirmar que "de la correcta notificación depende la propia eficacia del acto administrativo ya dictado", esto es, la notificación es una actuación instrumental. Ello se

aplica "no solo a los actos administrativos, sino también a otras actuaciones administrativas (actos de trámite) que deben ser conocidas por los posibles interesados", obviamente "con la indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial", de tal manera que "sin notificación el acto administrativo no surte efectos y no obliga al destinatario", sin duda la "notificación es una carga: no solo debe practicarla, también debe estar en situación de poder acreditar la correcta y completa realización para evitar que el interesado alegue después otra cosa y se oponga válidamente a la eficacia"[816].

Firmeza y ejecutoriedad son fenómenos posteriores a la debida e indefectible notificación, son sus consecuentes y debe materializarse con sus oportunidades y términos del transcurso del tiempo de ejecutoria formal, razón por la cual el artículo 11 de la Ley 734 de 2002 hablaba de "ejecutoriedad", lo que no cambia por el cambio de nombre hacia "cosa juzgada" según el artículo 16 de la Ley 1952 de 2019, puesto que, precisamente, es en dicho escenario donde la Corte Constitucional habla de cosa juzgada formal y material en términos constitucionales, como se puede ver en sentencia C-128 de 2020, M:P: José Fernando Reyes Cuartas.

En fin, la falta de notificación y la falta de firmeza del acto, con su ejecutividad, no afectan la validez interna del acto. Afectan la validez externa, frente a otros, esto es, lo referido a la eficacia en cuanto producción de resultados jurídicos. Se constituye en un requisito legal de su eficacia, esto es, en su capacidad para "proyectar el Derecho (sus reglas y principios) sobre el caso concreto con el fin de producir efectos jurídicos" frente a todos, lo cual es, sin duda, jurídicamente relevante; toda vez que ello "podría cuestionar la firmeza aparentemente adquirida" y consiguientemente su ejecutoriedad[817].

2. El deber de señalar en la decisión disciplinaria o improcedencia de recursos y su condicionalidad para un adecuado ejercicio del debido proceso y el derecho a la defensa. La procedencia del derecho a la aclaración, corrección y adición de las decisiones disciplinarias

Efectivamente, y a pesar de que el artículo 74 y siguientes del CPACA desarrolla la temática sobre los recursos contra los actos administrativos, se constituye en un deber por parte de la Administración el señalamiento dentro de la parte dispositiva de una decisión administrativa la procedencia o improcedencia de algún recurso de ley, so pena de nulidad del mismo y de la actuación por la vulneración de derechos fundamentales.

[816] Francisco Velasco Caballero y M. Mercé Darnaculleta Gardella (Dirs). Manual de Derecho Administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2023, pp. 436 y 437.

[817] Velasco Caballero y Darnaculleta Gardella. Manual de Derecho Administrativo, ob. cit, pp. 438 y ss.

El artículo 127 de la Ley 1952 de 2019 dispone la necesidad que en el fallo o sentencia disciplinaria se advierta sobre los recursos procedentes contra la misma.

El fallo mencionado es, junto con el auto interlocutorio que lo adiciona, corrige o aclara una unidad jurídica inescindible, esto es, se constituye en un acto procesal complejo, pues, muy especialmente el acto de adición, entra a formar parte constitutiva y estructural del fallo o sentencia de primera instancia.

Es deber de los funcionarios que conocen de los procesos sancionatorios precisar los recursos que procedan, puesto que así lo establece el artículo 67 del CPACA, al prevenir que:

> **Artículo 67.** *Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.*
>
> *En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.*
>
> *El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación. (Negrillas, cursivas y subrayado fuera de texto).*

La Corte Constitucional por sentencia T-317 de 2014, precisó sobre ello:

> *6.- Efectos de la omisión de la Administración en informar los recursos que proceden en contra de una determinada actuación administrativa.*
>
> *La notificación es uno de los mecanismos a través del cual se materializa el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, es el medio que permite que una determinada actuación judicial o administrativa sea dada a conocer a las partes que despliegan algún tipo de interés, o se ven afectados por ella. Adicionalmente, se constituye en una prerrogativa jurídica a partir de la cual se garantiza la protección de los intereses de los administrados y se les brinda certeza y seguridad en las relaciones jurídicas que desarrollen con el Estado.*[818]
>
> *En este orden de ideas, se ha reconocido que las omisiones que se den durante la ejecución del mecanismo a través del cual se materializa este principio, se constituyen en una barrera que entorpece el ejercicio del derecho a la defensa del particular afectado con una determinada decisión y le impiden controvertir, en sede administrativa, los argumentos que le dan sustento a la actuación que lo afecta. Lo anterior no quiere decir que el acto administrativo en cuestión pierda validez y deba ser declarado nulo, pues es menester entender que la publicidad de un acto se constituye en un trámite*

[818] Corte Constitucional. Sentencia C-646 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz

posterior a su formación o nacimiento y, por tanto, se predica únicamente de actos que ya están perfeccionados.

A pesar de lo anterior, las irregularidades que se presenten en el desarrollo del trámite de la notificación no pasan desapercibidas por el derecho, pues cuando un acto administrativo no ha sido debidamente publicitado se torna inoponible y, por tanto, resulta inexigible ante los particulares afectados.

También, según la Ley 600 de 2000 en sus artículos 170 numeral 10º y 171, las sentencias y autos interlocutorios, como los de sustanciación notificables, deben determinar de manera expresa, explícita y concreta los recursos que resultan procedentes.

Tales normas, cualquiera que sea la perspectiva que se utilice, conllevan a la solución de un vacío legislativo, que se debe llenar con el Código de Procedimiento Penal, según sentencia C-107 de 2004, ahora, si estima que ello es contrario a la naturaleza del derecho disciplinario, referencia que en el artículo 22 de la Ley 1952 de 2019 va dirigida al derecho sustancial disciplinario, no al procesal, aplica el artículo 114[819] ibidem que remite al CPACA, lo cual es confirmado por sus artículos 2 inciso final[820], 34[821] y 47 inciso 1º[822].

El acto procesal de la defensa técnica, por medio del cual reclama el no cumplimiento de tales mandatos al funcionario disciplinario y por lo tanto debe corregir, complementar o adicionar el fallo, hace parte del derecho de postulación, por ende, expresión del derecho de defensa técnica para el debido cumplimiento del debido proceso, pues procede, dice el artículo 140 de la Ley 1952 de 2019, "a petición de parte" ante y por –*corregido, aclarado o adicionado*- "el mismo funcionario que lo profirió".

El deber de efectuar un pronunciamiento sobre ello, no es asunto que queda librado al voluntarismo funcionarial disciplinario, pues estaría omitiendo sus funciones, violando la Carta Política en sus artículos 6, 121, 122, 123 y 124, y las normas penales y disciplinarias que los desarrollan, lo que

819 "Principios que rigen la actuación procesal. La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente Ley y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario".

820 "Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código".

821 "Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código".

822 "Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes".

activa el derecho constitucional de control ciudadano del poder contenido en los artículos 40 numeral 6º y 92 ibidem.

Muestra irrefutable de la necesidad de un pronunciamiento se encuentra en el inciso 2º del mismo artículo 140 del Código General Disciplinario, pues refiere que, si se corrige, aclara o adiciona "será notificado conforme a este código", esto es, como un fallo o sentencia, de lo contrario se rechazará la petición, por supuesto por el juez de primera instancia ante quien se incoó la petición o recurso.

No es asunto que se pueda corregir en segunda instancia, pues haciendo parte del fallo o sentencia la adición, es claro que tal acto sería pretermitir la primera instancia, quitarle la oportunidad a las partes de recurrir el fallo sancionatorio que necesariamente tiene dos instancias, en lo que se comprende la doble conformidad, pues si la petición la resuelve el de segunda instancia se estaría resolviendo parte del fallo de primera en única instancia (artículo 12 del CGD, modificado por el artículo 3 de la Ley 2094 de 2021), al menos que se abra camino a una interpretación de una doble conformidad parcial si resulta la parte pedida en adición y resuelta en única instancia por el *ad quem*, desfavorable al procesado.

Independientemente de la invocación del artículo del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2002, artículo 15 inciso 2º, el deber de corrección de los actos procesales es ineludible para el juez disciplinario, pues generando la omisión del acto de adición del fallo una violación al derecho de defensa y al debido proceso, la única forma de corregirse es como lo planteamos. Tal deber de corrección lo impone, además, el principio de residualidad de las nulidades, especificado en el numeral 5º del artículo 203 de la Ley 1952 de 2019, mismo que refiere que la nulidad "solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial".

Por supuesto, se trata de que no se ha dado respuesta al derecho de postulación derivado del derecho de defensa técnica, mismo que resulta constitutivo del acceso efectivo a la justicia que se debe garantizar por encima de las formas rituales (artículos 2, 29, 85, 228 y 229 de la Carta Política), pues el proceso no es una conversación monóloga, sino interactiva, permitiendo y oyendo la participación del otro –"facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan", reza el artículo 2 constitucional-, por lo que debe atenderse, como se determine según derecho, lo pedido por la defensa técnica, pues su omisión da origen a nulidades constitucionales (numerales 2º y 3º del artículo 202 del CGD), por lo que debe responderse argumentada y motivadamente (artículos 19 del CGD y 13 inciso 2º de la Ley 600 de 2000).

Muy especialmente el fallo tiene la oportunidad de ser adicionado o corregido y el auto que decida sobre ello tiene que ser notificado, pues se trata de un auto interlocutorio, que se integra al fallo como parte del resuelve en la negativa o como adición y corrección del mismo en lo pertinente o se trata de una sentencia de adición como ocurre en materia regulada por el Código General del Proceso en su artículo 287. También ello es procedente en materias

administrativas, toda vez que, sobre *Corrección de errores formales*, el CPACA determina en su artículo 45 que "en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda".

Ahora, se trate de un auto que se incorpora al fallo disciplinario o de una sentencia aditiva según el Código General del Proceso, ambos tienen recurso ligado a la naturaleza de la decisión, si se integra el auto como parte del fallo se aplica lo dispuesto en su artículos 285, según el cual "la providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración" o, si se trata de sentencia aditiva se aplica el artículo 287 ibidem, la que por su naturaleza tiene recurso por sí misma, de todos modos y en todos los casos, "dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal" (inciso final).

Finalmente, para zanjar la discusión sobre la necesidad de notificación y de dejar transcurrir los términos de ejecutoria formal, transcribimos la determinación inequívoca sobre ello del legislador, cuando dispone que así no tenga recurso la decisión, la misma debe ser notificada y dejada ejecutoriar formalmente como indiscutiblemente surge del artículos 285 del Código General del Proceso, cuando reza "la providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria ...".

El artículo 127 de la Ley 1952 de 2019 contempla que, la notificación por edicto procede contra el fallo y el mismo deberá contener la determinación "si es sancionatoria, [de] hacerle conocer los recursos que puede interponer" la defensa material y técnica, de manera que allí, si no se hace respecto del recurso de revisión, pues habla en términos plurales y no solo del de apelación, se omite un contenido propio del debido proceso que afecta el derecho de defensa, lo que se constituye en una omisión sustancial dada la garantía constitucional del mismo refrendada por la Corte Constitucional en sentencia C-030 de 2023, puesto que hace dependiente de dicho recurso la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos de elección popular, independientemente de que haya señalado vía *obiter dicta* que ya no aplica cuando el disciplinado no ejerce el respectivo cargo público, pero si posteriormente a la sanción lo adquiere, ergo que nuevamente lo adquiere con una interpretación a *contrario sensu* y *pro homine* o *pro libertate* de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y múltiples jurisprudencias constitucionales y contenciosas administrativas.

Tal omisión no es de poca monta, es sustancial, de ella depende el curso posterior del proceso si la segunda instancia confirma la declaratoria de responsabilidad y la sanción de afectación de los derechos políticos de

ser elegido, según el artículo 23 numeral 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, como se decidió en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de julio 8 de 2020.

No hacerlo es pretermitir un asunto propio de la primera instancia, que no estaría abordado en la apelación si ya la misma se hubiese interpuesto, perdiendo la defensa material y técnica su derecho a que la segunda instancia revise todo lo que debe ser objeto de ocupación por la segunda, lo que es un derecho constitucional fundamental consignado en el artículo 31 de la Carta Política cuando establece que "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada".

No es asunto que se entienda implícito en la decisión, debe establecerse como lo determina la ley, pues de lo contrario se afecta el debido proceso y consecuentemente el derecho de defensa.

El *ad quem* no puede pronunciarse sobre lo que no ha sido objeto de decisión por el *a quo*, pero además no conoce las razones de la defensa para reclamar la necesidad de advertir en el caso concreto sobre la declaratoria de procedencia del recurso de revisión, lo cual si se omite, hace del fallo una decisión que no ha asegurado en debido forma el contradictorio.

Por ello el artículo 234 inciso 2º de la Ley 1952 de 2019, reza que "el recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación", lo que no se cumple frente a lo omitido, pues no es posible atacar defensivamente lo inexistente y tampoco, el aspecto concerniente a la procedencia o no del recurso de revisión es un asunto inescindiblemente vinculado con la declaratoria de la responsabilidad disciplinaria y la imposición de la sanción.

Por ello se ha advertido en la sentencia C-029 de 2021 sobre estos tópicos:

> *A su turno, el principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actuaciones (i) a las partes y a los terceros interesados, con el fin de garantizar los derechos de contradicción y defensa; y (ii) a la comunidad en general, como garantía de transparencia, participación ciudadana*[823] *e imparcialidad del fallador*[824]*. El alcance de este mandato varía según el tipo de actuación administrativa de la que se trate*[825]*. Esta Corporación ha sostenido que este principio forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso y ha destacado su relevancia en el proceso disciplinario*[826] *(Fundamento Jurídico N. o 23).*
>
> ...

[823] Sentencias C-012 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo y C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[824] Sentencia C-555 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[825] Sentencia C-012 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.
[826] Sentencia C-102 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

En conclusión, el principio de publicidad y los derechos de contradicción y defensa son especialmente relevantes en los procedimientos administrativos sancionatorios, particularmente en el proceso disciplinario. Así, el derecho de defensa permite garantizar la intervención de las partes o de los terceros interesados en el trámite. También, el principio de publicidad asegura los derechos del procesado, del quejoso y de las víctimas, así como la participación de la comunidad y se encamina a preservar la imparcialidad y la transparencia en la actuación administrativa y permitir el ejercicio del derecho de contradicción. De igual modo, las notificaciones son una expresión de los citados mandatos constitucionales, en la medida en que su propósito es el de dar a conocer las actuaciones de la autoridad administrativa (Fundamento Jurídico N. o 25).

Por tanto, no basta, igualmente, solo con remitir la providencia o decisión por el correo electrónico, ya había dicho en sentencia T-549 de 2005 que "como regla general, la notificación no puede entenderse surtida con la mera introducción en el correo de los documentos pertinentes, sino que sólo puede considerarse que fue realizada en debida forma cuando el interesado la conoce, o desde la realización del hecho que permita suponer que tal conocimiento se produjo", lo que ratifica la sentencia C-029 de 2021 -Fundamento Jurídico No 31-:

40. Ahora bien, en el contexto del nuevo Código General Disciplinario, la Sentencia C-570 de 2019[827] *analizó la notificación personal de los miembros de las Fuerzas Militares a través de medios electrónicos, prevista en el artículo 122 de la Ley 1952 de 2019. En aquella ocasión, concluyó que la disposición desconocía el debido proceso y el derecho de defensa de dichos servidores públicos cuando son investigados disciplinariamente, al disponer que la notificación personal queda surtida en la fecha de envío del correo electrónico y no cuando ha sido efectivamente recibido*[828]*. Por lo tanto, condicionó la exequibilidad de la norma previamente aludida, en el entendido de que debe existir evidencia acerca de que la recepción del mensaje electrónico efectivamente se dio. Al respecto, la Corte sostuvo que:*

"[l]a notificación personal supone, como mínima garantía, que la persona pueda tener acceso efectivo al mensaje que se le remite. No sólo una posibilidad teórica, eventual, o supuesta de conocerlo, sino el acceso real y efectivo a la información procesal remitida. En tal medida, entender que el mensaje ha sido conocido cuando se envía y no cuando se recibe, cuando

[827] M.P. Diana Fajardo Rivera.

[828] En esa oportunidad, la Sala estimó que resultaba desproporcionada la medida adoptada por el Legislador, por cuanto no es efectivamente conducente para alcanzar el propósito pretendido con ella, pues se asume que el mensaje es conocido por su destinatario cuando no se verifica dicha circunstancia.

se tiene acceso a este, no es un medio que permita asegurar el célere y eficaz avance del proceso, con el debido respeto de los derechos, en especial, el derecho de defensa"[829].

41. Esta regla jurisprudencial fue reiterada recientemente por esta Corporación en la Sentencia C-420 de 2020[830]*. En efecto, el inciso 3° del artículo 8° del Decreto Legislativo 806 de 2020*[831] *establece que "(...) la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación". En este caso, la Corte indicó que la norma objeto de análisis admite dos interpretaciones:*

a) Una lectura indica que el hito para calcular el inicio de los términos de ejecutoria de la decisión notificada o del traslado no corresponde a la fecha de recepción del mensaje en el correo electrónico de destino, sino a la fecha de envío. La Sala Plena concluyó que este entendimiento desconoce la Constitución, por ser contrario al principio de publicidad, pues "(...) implicaría admitir que, aun en los eventos en que el mensaje no haya sido efectivamente recibido en el correo de destino, la notificación o el traslado se tendría por surtido por el solo hecho de haber transcurrido dos días desde su envío"[832].

b) En contraste, una segunda interpretación permite entender que el término de 2 días previsto por la norma debe contarse "cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje" (Resaltado nuestro). En consecuencia, la Corte condicionó la exequibilidad de la disposición analizada bajo este último entendimiento.

Finalmente, la decisión reseñada recordó que: "El Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional coinciden en afirmar que la notificación de las providencias judiciales y los actos administrativos no se entiende surtida solo con el envío de la comunicación mediante la cual se notifica (sea cual fuere el medio elegido para el efecto) sino que resulta indispensable comprobar que el notificado recibió efectivamente tal comunicación. Así, la garantía de publicidad de las providencias solo podrá tenerse por satisfecha con la demostración de

---

[829] Sentencia C-570 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

[830] M.P. Richard S. Ramírez Grisales.

[831] En el presente caso, si bien la providencia aludida efectuó el control automático de constitucionalidad de una medida proferida en el marco de un estado de excepción, resulta relevante para el presente caso porque constituye un referente jurisprudencial y también porque reitera las reglas y subreglas construidas por la Corte en esta materia.

[832] Sentencia C-420 de 2020, M.P. Richard S. Ramírez Grisales.

que la notificación ha sido recibida con éxito por su destinatario"[833].

42. En conclusión, la Sala advierte que, de acuerdo con las reglas y subreglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional en materia de notificación de los actos administrativos en el proceso disciplinario a través del correo electrónico, es notoria la prevalencia que se otorga a la notificación personal como mecanismo principal para dar a conocer las decisiones de la autoridad disciplinaria. Por ende, la aplicación de otros medios de notificación es subsidiaria y debe llevarse a cabo con observancia de los postulados superiores y los presupuestos legales que la habilitan. Asimismo, aunque el Legislador puede imponer cargas mínimas de diligencia a los sujetos procesales, estas deben ser razonables y proporcionadas en relación con el ejercicio del derecho de defensa. Por último, en relación con la notificación mediante correo postal, la Corte ha establecido con claridad que ella no puede entenderse surtida con el simple depósito del acto administrativo en la oficina de correos, pues ello podría vulnerar gravemente los derechos de defensa y contradicción de los sujetos del proceso disciplinario.

Todo lo anterior son condiciones y presupuestos de la oponibilidad del acto al afectado, si no se cumplen lo puede oponérsele el acto, esto es, tiene la oportunidad de activar su defensa utilizando los mecanismos legales que para el efecto se disponen, pues así lo estableció la sentencia C-029 de 2021:

Adicionalmente, los derechos de defensa y contradicción se relacionan, de forma inescindible, con el principio de publicidad. En efecto, a partir del momento en que se conocen las decisiones de la autoridad administrativa, se contabiliza el término para la interposición de los recursos respectivos, por lo cual la oponibilidad[834] *se erige en un elemento necesario para garantizar aspectos de estos derechos, como: la posibilidad de controvertir las decisiones dentro del procedimiento disciplinario*[835]*, de contar con los medios y el tiempo para ejercer una defensa técnica suficiente, para presentar pruebas y desvirtuar aquellas que se alleguen en*

[833] Sentencia C-420 de 2020, M.P. Richard S. Ramírez Grisales. Resaltado por fuera del texto original.

[834] En este punto, la Sala resalta que la oponibilidad de los actos administrativos se relaciona directamente con su notificación efectiva. De este modo, "[e]l ordenamiento jurídico sanciona el acto no notificado con su ineficacia o inoponibilidad. La ley condiciona los efectos de una decisión que pone término a un trámite administrativo a su notificación, a menos que la parte interesada conociendo de la misma, convenga o ejercite en tiempo los recursos legales (C.C.A. artículo 48). Así, pues, mientras no se surta o realice materialmente la notificación, la decisión administrativa respectiva carece de efectos jurídicos respecto del administrado, o sea, es ineficaz. Sobre el particular, la jurisprudencia" (Sentencia T-419 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[835] Sentencias C-012 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo y C-555 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

su contra o contrastar los hechos de la acusación, entre otras (Fundamento Jurídico N. o 25).

3. El no señalamiento de los recursos procedentes contra la decisión disciplinaria, muy especialmente lo relacionado con el recurso de revisión, comporta la incursión en el vicio de invalidez constitucional de "Exceso ritual manifiesto"

El no ejercicio de las facultades oficiosas, por ejemplo, en la práctica de pruebas es considerada por la jurisprudencia como un error de hecho por el llamado "exceso ritual manifiesto".

La determinación que debe establecerse en todo auto o fallo sobre los recursos procedentes es un asunto que debe operar de manera oficiosa impulsando la actividad del juez disciplinario, puesto que ello se hace por virtud de la ley o *ipso iure*, sin que se requiera para ello petición previa, pues si así fuere la defensa estaría alegando en contra de sus intereses, pidiendo que se le fallara en contra, lo cual resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1952 de 2019. Así se establece, perentoriamente, para el contenido de la parte resolutiva de la sentencia.

Igualmente, la procedencia de la aclaración, corrección o adición debe operar de forma oficiosa, según se desprende de manera clara para las sentencias, según el artículo 140 de la Ley 1952 de 2019.

La decisión sobre la sentencia se tomará por auto, pero la notificación está sujeta a aquélla "conforme a lo previsto en este código", esto es, por edicto. Ahora, si se rechaza, también será por auto interlocutorio pero notificado en la forma prevista para todas las demás decisiones de ese tipo procesal (inciso 2º del artículo 149).

Así también opera en el artículo 45 del CPACA, pero clarificando que también procede contra autos, de manera oficiosa:

> *Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda.*

También el mecanismo procede en materia de autos y sentencias, oficiosamente, según los artículos 285, 286 y 287 del Código General del Proceso.

El artículo 86 de la Ley Disciplinaria señala que "la Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando este invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso" ejerce el poder preferente, de manera que

está en una posición de garantía frente al debido proceso que ineludiblemente debe cumplir.

El artículo 114 del CGD dispone perentoriamente:

> **Principios que rigen la actuación procesal.** *La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente Ley y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.*

El artículo 22 ibidem es claro en señalar que, ante la ausencia de norma en el Código Disciplinario se aplicará el Código de Procedimiento Penal, orden prevalente que fue establecido en la sentencia C-107 de 2004 de la Corte Constitucional, con ponencia de Araujo Rentería.

El principio de eficiencia, consignado en el artículo 15 inciso 2º de la Ley 600 de 2000, aplicable por falta de vacío en el disciplinario, establece que "el funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales". Tal norma, además, es aplicable por virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, aplicable al proceso disciplinario según se estableció en la sentencia T-350 de 2011.

Los autos sometidos a notificaciones, sean interlocutorios o de sustanciación, salvo que la ley indique expresamente lo contrario -medidas preventivas como detención, libertad o suspensión provisional-, no adquieren ejecutoria y ejecutividad hasta tanto no sean notificados a todos los sujetos procesales y hayan transcurrido los tres días, siguientes a la notificación, para efectos de la ejecutoria formal (artículos 176 de Ley 600 de 2000) y para el disciplinario de cinco (5) días (artículo 131 del CGD).

Las decisiones a que se refieren los artículos 220, 225A, 225B y 225F son de trámite o sustanciación, pero notificables, sujetos a ejecutoria formal, pues ella es una garantía que indica y define cuando comienzan a correr los términos de traslado. El término de ejecutoria luego de proferida la sentencia de segunda instancia, particularmente en procesos contra servidores públicos de elección popular, es una clara muestra diferencial entre ella como ejecutoria formal y la material, pues ya no existe recurso alguno en vía gubernativa o administrativa y el recurso de revisión procede, a instancia de parte o automáticamente, pero sin lugar a dudas se requiere que se produzca la decisión advirtiendo la procedencia del recurso, su notificación y que se dejen transcurrir los términos de ejecutoria formal.

Una cosa es la ejecutoria formal, diseñada para ello, como también para efecto de determinar que contra la decisión cabe la revocatoria directa, tal como lo establece de manera perentoria la teoría general del proceso y los artículos 203 del CGD y 210 de la Ley 600 de 2000, cuando expresa que "solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial" por virtud de la ejecutoria material.

Y ello tiene que ser así, toda vez que los au-

tos de sustanciación también pueden ser aclarados o corregidos a petición de parte, pues el artículo 285 inciso 2º del Código General del Proceso establece que "en las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia", especialmente si la decisión de que hablamos se refiere aquel según el cual implica un "auto de sustanciación motivado" como lo establece el artículo 225A del CGD, lo que ya está ordenado por el artículo 13 de la Ley 600 de 2000 establece como principio rector que "el funcionario judicial deberá motivar, incluso cuando se provea por decisión de sustanciación, las medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales".

Tales normas son aplicables al proceso disciplinario según el artículo 1 del Código General del Proceso y 22 de la Ley 1952 de 2019, pero también por cuanto, como ya vimos la aplicación del CPACA al disciplinario, este a su vez remite al Código General del Proceso:

> **Artículo 306**. *Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

Podría argumentarse que la norma anterior se refiere al trámite jurisdiccional y no al administrativo, empero, es claro que como lo señalamos anteriormente también se aplica el artículo 45 ibidem a los procesos regidos por leyes especiales, cuando ostenten vacíos, según los artículos 2 inciso final, 34 y 47 inciso 1º del CPACA.

Para el efecto, entonces, no deben olvidarse dos normas del Código General del Proceso, que remiten a lo establecido en la Teoría General del Proceso, al establecer:

> *Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.*
>
> *Artículo 12. Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial (resaltado fuera de texto).*

Ello no es una función y un deber sometidos a la voluntad libérrima del funcionario, sino una verdadera imperatividad a la que

no se puede rehuir, pues le corresponde "dirigir el proceso" y "adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento" (artículo 142 numerales 1º y 5º del Código General del Proceso. Es más, el numeral 12 ibidem le ordena "realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso", lo que en principio le obligaría a cumplir con la aclaración, corrección, complementación o adición si no lo hizo en la decisión -auto o fallo-, pues no cumplió con el deber de "precaver los vicios de procedimiento", de que da cuenta el mismo numeral 5º citado.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que los jueces tienen el deber de "propender por la justicia material", toda vez que las decisiones judiciales solo tienen legitimidad "en la medida en que aseguran no solo la seguridad jurídica, sino un mínimo de justicia material", lo que se desconoce cuando los jueces dan origen a lo que se denomina "defecto procedimental por exceso ritual manifiesto", fenómeno que se refleja en el desconocimiento de "la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales, y al derecho al acceso a la administración de justicia"; de allí que se haya señalado que aun en los procesos civiles "el decreto oficioso de pruebas [...] no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal", toda vez que "la facultad oficiosa del juez, deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia"[836].

Se dice, por la rectora de la jurisprudencia constitucional, que este tipo de vicios afecta al debido proceso y al derecho de acceso a la administración de justicia, en tanto "un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia", lo que sucede en todos los procesos inquisitivos como los que aquí nos ocupan, donde "la facultad oficiosa cobra especial relevancia tratándose de la instrucción de procesos, cuando con su omisión se infringen derechos fundamentales, pues la misma debe enderezarse a disipar las dudas que puedan afectar la consistencia y el sentido de la decisión del juez"[837].

Tal exceso ritual manifiesto también se da cuando, como dice la jurisprudencia, se presenta "falta de diligencia" en la corrección de yerros", para lo cual "en aras de salvaguardar los derechos subjetivos [debe el juez] hacer uso de su facultad discrecional". Esto es, "si bien el procedimiento tiene una importancia central dentro del Estado de derecho, en aplicación de este no debe sacrificarse derechos subjetivos, pues precisamente el fin del derecho procesal es contribuir a la realización de los mismos y fortalecer la obtención de una verdadera justicia material"[838].

[836] Corte Constitucional, sentencia T-264 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[837] Ibidem, sentencia T-599 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
[838] Ibidem, sentencia T-429 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4. La adecuada notificación de la decisión disciplinaria como garantía del derecho a la publicidad y eficacia del acto administrativo para el debido agotamiento de la actuación administrativa -vía gubernativa- relativa a los recursos previstos en la ley para poder acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Como se ha venido desarrollando y analizando dentro del presente documento, para el Consejo de Estado entonces, respecto a la notificación, lo aborda como "el acto procesal de notificación responde al principio constitucional de publicidad de las actuaciones públicas, mediante el cual se propende por la prevalencia de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia (artículos 29 y 229 de la Constitución Política), dado que se garantiza el ejercicio de los derechos de defensa, de contradicción y de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico. De suerte que, la notificación del inicio y de las distintas actuaciones efectuadas en desarrollo de un proceso, permiten hacer valederos los derechos procesales constitucionales de los asociados, ya que faculta a las partes y a los intervinientes tanto para oponerse a los actos de la contraparte como para impugnar las decisiones adoptados por la autoridad competente dentro de los términos previstos en la ley. Ahora bien, la obligación de notificar a las partes e interesados, se establecen en virtud de un mandato constitucional consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política... el principio de publicidad, visto como instrumento para la realización del debido proceso, implica la exigencia de proferir decisiones debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales con interés jurídico dentro del proceso, a través de los mecanismos de comunicación instituidos en la ley, con el fin de que puedan ejercer sus derechos a la defensa y contradicción"[839].

En virtud de lo anterior, es claro que la fuerza vinculante de una decisión administrativa, de un acto administrativo se debe a la exclusividad que para el efecto se haya realizado con ocasión de su publicidad, notificación o comunicación, requisitos estos *sine qua non* para la firmeza, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Dicho esto, la publicidad como uno de los requisitos de un acto administrativo no es más que ponerlo en conocimientos de sus destinatarios, mediante una actuación específica por quien lo ha expedido o de la ocurrencia de determinadas situaciones o circunstancias que permitan presumir legalmente que dichos destinatarios lo conocen.

Para el Consejo de Estado en jurisprudencia reiterada sobre la falta de publicidad

[839] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Exp. 11001-03-15-000-2014-02097-00 (AC).

de las actuaciones de la administración en donde se crea, modifica o extingue una situación jurídica ya sea particular o general ha indicado:

> *"Al punto, es suficiente con anotar que ambos pasaron por alto la abundante y decantada jurisprudencia de la corporación, en el sentido de que la omisión o la irregularidad de la publicidad de los actos administrativos, y la notificación personal es una forma de ella, no afecta o no incide sobre la validez de los mismos, puesto que se trata de un trámite o diligencia externa y posterior a la formación o al nacimiento de ellos.*
>
> *Afecta sí su eficacia u oponibilidad frente a los administrados cuando le impone deberes u obligaciones, o establece restricciones a sus derechos; y, en consecuencia, de ejecutarse sin previa notificación y firmeza, puede dar paso a una vía de hecho, que en tal caso sería atacable ya no por acción de restablecimiento del derecho, sino de reparación directa"*[840]*. (Subrayas fuera del texto original)*

Es así, que no agotamiento de la vía gubernativa, hoy vía administrativa imposibilita al sujeto pasivo del acto administrativo para acudir en debida forma ante el control judicial en sede del contencioso administrativo y por tanto; i) limita derechos fundamentales y ii) vicia el acto y la actuación administrativa.

Pero también, como no tiene firmeza el acto administrativo, el mismo no es ejecutable y como tal, no ha agotado la etapa procesal correspondiente dentro de la cual se profiere, afectando el debido proceso, pues el principio de los compartimentos estancos impide que se inicie una etapa procesal posterior si la anterior no se ha agotado previamente.

Precisamente, por ello, el artículo 42 del Código General del Proceso sobre los deberes de los jueces establece perentoriamente, numeral 12, que tienen el deber-obligación de "realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso". Así lo ratifica el artículo 132 ibidem cuando dispone:

> *Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.*

5. La adecuada notificación de la decisión disciplinaria como garantía del derecho a la publicidad y eficacia del acto administrativo, cuyo desconocimiento podría ampararse

[840] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Exp. 3443.

a través de la acción de tutela.

Dentro de los atributos del acto administrativo, la eficacia se convierte en algo así como la aptitud jurídica que adquiere el acto administrativo para legitimar toda actividad formal que se adelante para hacerlo cumplir, ya sea por quien lo expidió, el interesado o su beneficiario.

La mencionada aptitud jurídica emana de una serie de condiciones de posteriores a su nacimiento, como i) la presunción de legalidad; ii) la publicidad; y iii) la firmeza, en este orden de ideas el acto administrativo sirve para cumplir su cometido dentro del mundo jurídico estatal.

Ahora bien, en desarrollo de los demás supuestos de hechos contenidos en el presente acápite, es indispensable considerar el contenido del artículo 86 constitucional[841] referido a la acción de tutela como un mecanismo de amparo creado por nuestra Constitución Política que permite a toda persona reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales ante los jueces, cuando estos resultan vulnerados, amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares en los casos establecidos en la ley.

A su turno, se precisa que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, además de ser especial y supletorio para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. Solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, nos permitimos afirmar que, si existe otro medio judicial para hacer valer los derechos del peticionario, la acción de tutela resulta improcedente[842].

La acción de tutela tampoco puede ser utilizada como instrumento de discusión de derechos litigiosos, ni tampoco para reemplazar la decisión que se profirió en el proceso, al utilizar un medio judicial ordinario, pues no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido, una acción de tutela, toda vez que esta no es una instancia adicional[843].

En este orden de ideas, la Corte Constitucional[844] ha venido orientando sobre el contenido de los derechos fundamentales en nuestra Carta Política de 1991, orientación que es solo un criterio auxiliar y no exclusivo o determinante, por lo cual, en cada caso deberá hacerse un examen particular con el ánimo de determinar si la violación de un derecho fundamental recae sobre un

---

841 Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...".

842 Juan Palacio Hincapié. Derecho Procesal Administrativo (Acción de tutela), Bogotá Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2017, p. 553.

843 Palacio Hincapié, ob.cit.

844 Corte Constitucional T-644 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

derecho que afecte a la persona misma, a su desarrollo y a su convivencia en un grupo social.

En donde se deben tener claros los siguientes aspectos:

(i) Los derechos fundamentales no son únicamente los que la Constitución Política denomina como tal.

(ii) El hecho de que el artículo 85 de la Constitución Política mencione o desarrolle derechos de aplicación inmediata, no significa que sean los únicos derechos fundamentales.

(iii) Existen otros derechos fundamentales no traídos por la Constitución Política, reconocidos en convenios internacionales, por ser inherentes a la persona, como indica el artículo 94 de nuestra carta.

Dicho esto, y acudiendo nuevamente a los preceptos de la Corte Constitucional, respecto con lo ya estudiado en apartes anteriores:

> *"Este Tribunal ha establecido que el debido proceso (artículo 29 superior[845]) comprende el conjunto de garantías que tienen como propósito "(...) sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados"[846]. Este es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, pues protege las libertades ciudadanas y opera como un contrapeso al poder del Estado"[847].*

Es claro que la falta de publicidad en las actuaciones administrativas, máxime cuando tienen esa connotación de ser particulares y concretas limitan un eficaz y eficiente derecho a la defensa y a la contradicción, recabando y violentando derechos fundamentales (el debido proceso) siendo este uno de los criterios para acudir al mecanismo subsidiario de la acción de tutela.

Pero también, si el ejercicio de los recursos externos al acto administrativo penden de su firmeza y ejecutoria, es obvio que antes de acudir al medio excepcional para que el mismo no se torne en simplemente alternativo, deben haberse agotado las instancias de posibilidades que ofrece el Derecho Administrativo para atacar el acto en su sede natural, pues de lo contrario no se admitiría como un acto subsidiario y excepcional.

---

[845] "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

[846] Sentencia C-496 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[847] Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

REFERENCIAS

Berrocal Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo,* Bogotá Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2019

Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett Eduardo. *El Proceso Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett Eduardo. *El Proceso Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Bocanegra Sierra Raúl. *La Teoría del Acto Administrativo, Ejecutividad del Acto Administrativo*, Madrid, Editorial Iustel, 2005

García Ramírez Sergio. *Proceso Penal y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 1998.

González Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*, Bogotá, Editorial Universidad Sergio Arboleda, 1999.

González Rodríguez Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*, *Tomo II*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1989.

Güecha Ciro Alberto y Güecha Tatiana, *Derecho Procesal Administrativo*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2021.

López Blanco Hernán. *Instituciones de Derecho Procesal Civil – Código General del Proceso Parte General*, Bogotá, Ediciones Dupre Editores Ltda, 2019.

Palacio Hincapié Juan. *Derecho Procesal Administrativo*, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2017.

Parada Ramón. *Derecho Administrativo, Parte General*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2004.

Sánchez Torres Carlos Ariel. *Acto Administrativo*, *teoría general*, Bogotá Editorial Temis, 2004.

Velasco Caballero Francisco y Darnaculleta Gardella M. Mercé (Dirs). *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2023.



Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

#NosUnenTusDerechos

Defensoría del Pueblo de Colombia
Calle 55 N° 10-32
Apartado Aéreo: 24299 - Bogotá, D. C.
Código Postal: 110231
Tels.: 314 73 00 - 314 40 00

www.**defensoria**.gov.co